
UNIVERSITY OF ST. MICHAEL'S COLLEGE
3 1761 02159984 0



Science et Technique

en droit privé positif

III

TROISIÈME PARTIE

Élaboration technique du droit positif.



DU MÊME AUTEUR

Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1re édit., 1899 ; 2e édit., revue et mise au courant, en 2 vol., 1919.

La notion de droit positif à la veille du XXe siècle. Dijon, L. Venot, 1901 (*épuisé*).

Les biens réservés de la femme mariée d'après le Code civil allemand de 1896 et l'avant-projet de Code civil suisse de 1900. Paris, A. Rousseau, 1902.

La technique législative dans la codification civile moderne (*à propos du centenaire du Code civil*). Paris, A Rousseau, 1904.

Code civil allemand (traduction et notes) publié par le Comité de législation étrangère. Livre quatrième. Section première : art. 1297-1588. T. III. Imprimerie nationale, 1908, p. 1-425.

Les procédés d'élaboration du droit civil. Paris, Giard et Brière, 1910.

Des droits sur les lettres missives étudiés principalement en vue du système postal français. Essai d'application d'une méthode critique d'interprétation. 2 vol. Paris, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1911.

La conception générale du droit, de ses sources, de sa méthode, dans l'œuvre de Raymond Saleilles (extrait de l'*Œuvre juridique de Raymond Saleilles*. Paris, A. Rousseau, 1914, p. 3-63).

Science et technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique. Paris, Librairie de la Société du Recueil Sirey.

I. *Introduction. — Première partie. Position actuelle du problème du droit positif et éléments de sa solution*, 1914.

II. *Seconde partie. Élaboration scientifique du droit positif* (L'irréductible « droit naturel »), octobre 1915.

François GENY
Professeur de droit civil
à l'Université de Nancy

Science et Technique
en droit privé positif



Nouvelle contribution à la
critique de la méthode juridique



III

TROISIÈME PARTIE

ÉLABORATION TECHNIQUE DU DROIT POSITIF

« Sed aliter leges, aliter philosophi tollunt astutias : leges, quatenus manu tenere possunt, philosophi, quatenus ratione et intellegentia. »

(Cicéron, *De officiis*, III, cap. xvii, § 68).

— (Juin 1921) —

Librairie de la Société du
* * Recueil Sirey * *
Léon Tenin, Directeur,
22, Rue Soufflot, PARIS

NOTE DE L'AUTEUR

L'étude de la *technique juridique*, à laquelle est consacré le présent cahier, offrait à mes recherches un champ d'application, presque entièrement neuf. Car, — si l'on met à part quelques développements, présentés par R. von Jhering dans son *Esprit du droit romain*, et qui, je dois le déclarer sincèrement, m'ont fourni des suggestions précieuses, — je ne sache pas que le sujet ait jamais été nettement ni franchement abordé. Ceux même, — de plus en plus nombreux, — qui parlaient couramment de la « technique du droit », qui, parfois, prétendaient en traiter *ex professo*, ne semblent pas s'être mis en peine de dégager bien précisément la signification exacte, qu'il fallût attacher à ces expressions.

J'ai donc dû, tout d'abord, chercher à fixer la notion, que j'avais en vue. Et celle-ci, une fois saisie, s'est montrée si copieuse, si variée, si souple et si féconde, qu'elle faisait ressortir la technique comme constituant la partie la plus riche et la plus nourrie de l'organisme juridique tout entier. Dès lors, après en avoir déterminé les caractères généraux, décrit les traits essentiels, reconnu les principales manifestations, il me fallait renoncer à en énumérer les procédés de façon exhaustive; — et je me suis résigné à envisager, de plus près, ceux de ces procédés, qui faisaient saillie à mes yeux et me paraissaient, dans l'état actuel de mes investigations, comporter un examen utile, qui n'eût pas encore été présenté.

C'est ainsi que, les ayant étudiées ailleurs, je me suis borné à un simple rappel, touchant les sources formelles du droit positif (au premier rang desquelles figure la loi écrite), qui, pourtant, d'après mon point de vue, fournissent le premier et le plus important des instruments de la technique du droit, et

que j'ai à peine signalé certains des procédés intellectuels, tout à fait familiers aux jurisconsultes, — telles, l'analyse des notions ou la stricte logique des raisonnements [1], — parce qu'ils dépendent d'un domaine plus général et qu'ils animent, à vrai dire, toute méthode, strictement scientifique, visant à scruter, pour en diriger les mouvements à venir, les manifestations de l'activité humaine dans la sphère sociale.

D'autre part, l'examen, un peu détaillé, que j'ai pu faire, de certains procédés techniques, m'a laissé entrevoir l'existence d'un grand nombre d'autres moyens du même genre, — plus dissimulés ou se prêtant moins à une théorie d'ensemble, — que je n'ai pas perçus assez distinctement encore, pour leur consacrer ici une étude spéciale, mais qui devront se révéler quelque jour à une investigation plus perspicace ou plus pénétrante.

Je veux, par conséquent, confesser, en toute simplicité, l'imperfection et l'inachèvement du présent travail. M'avançant sur un terrain, aussi peu connu, et aucunement défriché encore, je devais, pour aboutir, me résigner à débroussailler, élaguer, réduire, quitte à laisser encore bien des coins inexplorés et incultes. Je me sentirais satisfait, si j'avais pu dégager, de la technique juridique, une figure assez expressive et assez vivante, pour faire apercevoir son originalité et son importance, assez floue et assez molle en même temps, pour laisser soupçonner derrière elle toutes les richesses d'une matière, encore à peu près vierge, que de nouveaux efforts devront plus complètement découvrir et faire fructifier.

Nancy, mai 1921.

---

1. Je signale ici une étude importante, dont la connaissance ne m'est parvenue qu'après l'impression du présent volume : E. Ehrlich, *Die juristische Logik,* dans *Archiv für die civilistische Praxis,* 1917, t. 115, p. 125-439. Notez surtout : p. 376-411 : *Die juristische Konstruktion,* et p. 411-439 : *Der Wert der juristischen Logik;* — où sont présentées et critiquées les théories modernes de la logique du droit.

TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES

TROISIÈME PARTIE

ÉLABORATION TECHNIQUE DU DROIT POSITIF

CHAPITRE PREMIER (XV)

NOTION DE LA TECHNIQUE JURIDIQUE. SES DIVERS ASPECTS. LA TECHNIQUE JURIDIQUE FONDAMENTALE

CHAPITRE SECOND (XVI)

OBJET PROPRE D'UNE THÉORIE DE LA TECHNIQUE JURIDIQUE FONDAMENTALE. SON BUT. SES EXIGENCES. ÉCUEILS ET CORRECTIFS

CHAPITRE TROISIÈME (XVII)

APERÇU DES PRINCIPAUX PROCÉDÉS DE LA TECHNIQUE JURIDIQUE.

LA RÉDUCTION DES ÉLÉMENTS SUBSTANTIELS DU DROIT. LES SOURCES FORMELLES DU DROIT POSITIF

CHAPITRE QUATRIÈME (XVIII)

DES PROCÉDÉS PLASTIQUES (principalement matériels) DE LA TECHNIQUE JURIDIQUE.

FORMALISME ET PUBLICITÉ

CHAPITRE CINQUIÈME (XIX)

DU ROLE DES CATÉGORIES RÉELLES DANS LA TECHNIQUE DU DROIT

CHAPITRE SIXIÈME (XX)

LES PROCÉDÉS INTELLECTUELS DE LA TECHNIQUE DU DROIT
(Construction juridique au moyen de la représentation par concepts).

CHAPITRE SEPTIÈME (XXI)

PRÉSOMPTIONS (DE DROIT) ET FICTIONS ENVISAGÉES COMME MOYENS DE LA TECHNIQUE JURIDIQUE

SECTION I

PRÉSOMPTIONS DE DROIT

I

II

SECTION II

FICTIONS JURIDIQUES

CHAPITRE HUITIÈME (XXII)

LE LANGAGE (MOTS ET PHRASES) INSTRUMENT DE LA TECHNIQUE JURIDIQUE

Pages

CHAPITRE NEUVIÈME (XXIII)

COMBINAISON ET MISE EN ŒUVRE DES PROCÉDÉS PRINCIPAUX DE LA TECHNIQUE JURIDIQUE

I

II

SCIENCE ET TECHNIQUE

EN DROIT PRIVÉ POSITIF

TROISIÈME PARTIE

ÉLABORATION TECHNIQUE DU DROIT POSITIF

« Sed aliter leges, aliter philosophi tollunt astutias : leges, quatenus manu tenere possunt, philosophi, quatenus ratione et intellegentia ». CICÉRON, *De officiis,* III, cap. XVII, § 68.

SOMMAIRE : **178.** Objet et plan de cette troisième partie.

178. — Puisque l'examen du *donné* de la vie sociale — si profondément que nous le poussions, par quelques forces intellectuelles ou morales qu'il soit poursuivi sur la trame des faits bruts et à travers les mouvances d'une nature des choses difficilement saisissable — ne nous fournit que des directions trop générales et trop vagues[1], pour suffire aux exigences de ce règlement universel et précis de conduite extérieure, en lequel se révèle la notion du droit objectif[2], il y faut donc joindre une *adaptation*

---

1. Voy. Fr. GENY, *Science et technique en droit privé positif,* Paris, Tenin, II, 1915 : Seconde partie, Élaboration scientifique du droit positif, *passim,* surtout chapitre huitième (XIII). — Cons., notamment, p. 421 (n° **177**).

2. Voy. Fr. GENY, *Science et technique en droit privé positif,* Paris, Tenin, I, 1914, n° **16**, p. 47-52.

ou une *construction*, émanant de l'activité volontaire plus que de la pénétration de l'esprit, où l'effort personnel de l'homme se tende à l'extrême pour modifier la nature, qui puisse donner du corps à l'édifice, quelque peu éthéré, du droit naturel, et non seulement combler ses trop évidentes lacunes, mais, plutôt encore, en prolonger les lignes incertaines, en achever le dessin à peine esquissé, de façon à réaliser, autant que le comportent les forces et facultés humaines, la tâche essentielle du droit positif[1]. Telle sera l'œuvre de cette partie de l'élaboration du droit, que nous avons qualifiée de « technique »[2], et que nous devons maintenant envisager de plus près.

Il est aisé de soupçonner, dès à présent et au vu des développements déjà présentés dans les cahiers antérieurs de cet ouvrage[3], qu'à mes yeux, l'élaboration technique doit former la partie capitale de toute l'organisation positive du droit[4]. En effet, elle conquiert nécessairement en envergure tout ce qui manquait à la précédente (élaboration scientifique du droit). Et, bien qu'elle doive s'appuyer sur celle-ci, comme sur sa base fondamentale et indispensable, elle ne lui restera pas moins supérieure en fécondité et en justesse d'effets. Il s'agit, seulement, de vérifier et d'éprouver cette supériorité relative, plus généralement et plus exactement encore, de scruter et de développer — comme il est possible en un aperçu général, dégagé de toutes considérations détaillées d'application concrète — la notion même de technique juridique, notion, qui, si elle n'est pas restée absolument cachée à la perspicacité des jurisconsultes contemporains, semble demeurée, pour eux, dans une obscurité fâcheuse qui, en

1. Voy. *ibid.*, p. 41 (nº **12**), puis nºs **13-20**, p. 42-65.

2. Voy. *ibid.*, nº **34**, p. 98-100. — Comp. nºs **32-33**, p. 95-98.

3. Voy. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, Paris, Tenin, I, 1914, et II, 1915, *passim*.

4. Comp. Fr. Geny (*Les procédés d'élaboration du droit civil*), dans *Les méthodes juridiques*, Paris, 1911, p. 184-194.

tout cas, est encore loin d'avoir reçu toute la considération et toute l'attention qu'elle mérite.

A cet effet, — sans excéder l'horizon général et méthodologique du présent essai, — je voudrais, d'abord, fixer l'idée, en quelque sorte substantielle, de la technique juridique et en distinguer les différentes variétés, pour ne retenir ici que la plus fondamentale, celle qui domine et absorbe toutes les autres (chapitre premier [XV]). — Cela fait, je m'efforcerai de préciser l'objet propre de cette technique fondamentale et d'en constituer comme la théorie organique, en dégageant son but spécifique, signalant ses *desiderata,* découvrant les écueils qui la menacent, recherhant les moyens d'y obvier (chapitre second [XVI]). — Il onviendra ensuite de passer en revue, dans une série de bleaux largement brossés, les principaux procédés, oyens ou instruments, de la technique juridique (chapitre oisième [XVII]), depuis les formes plastiques de la pratique (chapitre quatrième [XVIII]) ou les catégories réelles de l'ordre théorique (chapitre cinquième [XIX]) jusqu'aux concepts et constructions de la spéculation pure (chapitre sixième [XX]), en insistant, pour en relever les traits symptomatiques, sur le rôle des présomptions et des fictions dans l'élaboration technique du droit (chapitre septième [XXI]) et y rattachant quelques indications relatives au langage juridique (chapitre huitième [XXII]). — Puis, sans prétendre épuiser une matière de soi inépuisable, il pourra paraître bon de montrer comment s'agencent et se combinent les divers élémens techniques, précédemment exposés, et d'en tenter l'application simultanée sur un ou deux thèmes bien connus du droit privé (chapitre neuvième [XXIII]).

CHAPITRE PREMIER (XV)

NOTION DE LA TECHNIQUE JURIDIQUE. SES DIVERS ASPECTS. LA TECHNIQUE JURIDIQUE FONDAMENTALE

I

179. — Dès le milieu du XIXe siècle, à tout le moins [1], mais beaucoup plus fréquemment, à coup sûr, depuis quelque vingt ans [2], on a parlé, on parle, de *technique du droit* ou *technique juridique*. Dans ce simple phénomène linguistique, il n'est pas téméraire, ce semble, de voir comme le pressentiment commun d'une notion, qui, sans être encore nettement saisie et fortement précisée, se rattacherait, du moins, à cette idée, fort vieille et un peu

1. Voy., ci-après, les citations de SAVIGNY et de JHERING, p. 5-8 (n° **180**).
2. Voy. ci-après, p. 8-10 (n° **180**).

vague, que le droit, s'il repose sur la science, se présente, avant tout, comme un art pratique [1].

Mais, qu'est-ce, au juste, que cette technique du droit, à laquelle tant de jurisconsultes font aujourd'hui allusion, comme à une chose parfaitement connue, qu'aucun d'eux, pourtant, que je sache, ne s'est appliqué à définir strictement? — Si, pourtant, nous voulons trouver là autre chose qu'une entité vaine, qu'une simple vue de l'esprit, si nous prétendons y découvrir un ferment véritablement fécond, susceptible de nous fournir des résultats méthodologiques effectifs, nous ne saurions nous satisfaire d'un simple *consensus* verbal; il est nécessaire de dégager, de façon aussi précise que possible, le contenu essentiel de la notion envisagée, et de montrer qu'elle recèle un principe capital de l'ordre juridique, vivant et progressif.

A cet effet, et pour offrir à notre propre investigation un appui critique objectif, je commencerai par essayer de me représenter, en vue de les apprécier sommairement, quelques conceptions de la technique juridique, qui semblent se déduire des développements fournis à son sujet par des auteurs de marque, en ayant fait, jusqu'ici, le plus fréquent usage. La critique successive de ces conceptions m'aménera, je pense, à fixer une image composite, qui donnera tout son relief à ce mode important de l'élaboration du droit.

180. — En sa brochure célèbre *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* [2], SAVIGNY

---

1. Comp. Fr. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899, p. 16-17; 2e éd., 1919, t. I, p. 19-20 (n° **7**). — *Science et technique en droit privé positif*, I, Paris, 1914, p. 70-71 (n° **23**). — Voy. aussi *ibid.*, p. 99, texte et notes 1-2 (n° **34**).

2. La première édition de cet opuscule est de Heidelberg, 1814-1815. — 2e éd., 1828. — 3e éd., 1840. — Mes citations seront faites d'après la nouvelle édition (Freiburg-i-B., 1892), qui reproduit le texte de la troisième.

distingue, dans le droit, dont il cherche à pénétrer la substance intime, deux éléments, ou plutôt deux aspects, suivant qu'on l'envisage comme une partie de la vie générale du peuple, ou qu'on y voit une œuvre proprement scientifique, élaborée spécialement par les juristes. C'est ce dernier aspect, qu'il propose de qualifier élément technique du droit, tandis qu'il réserve à l'autre la dénomination d'élément politique[1]. On sait, en effet, que, suivant la théorie générale proposée par Savigny, le droit objectif prend naissance dans les couches profondes du peuple et revêt ensuite un caractère scientifique sous l'influence professionnelle des juristes[2]. La technique du droit représenterait donc son élaboration scientifique de la part des juristes, par opposition à sa création spontanée au sein du peuple. Et tel est le sens que Savigny conserve à l'expression « technique juridique », lorsqu'elle se retrouve dans la suite de sa dissertation[3]. — Pareille acception tend à faire voir dans la technique du droit ce qui est vraiment spécifique à cette branche des disciplines humaines, puisqu'il s'agirait de la part propre qu'y prennent les spécialistes du métier. Il y a là comme une première description de la notion de technique juridique, qui a dominé son développement ultérieur et demeure fondamentale sous les précisions et nuances qui ont pu, depuis lors, la transformer ou l'enrichir[4].

---

1. Von Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit,* 1892, p. 8.

2. Voy. notamment : von Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit,* 1892, § **2**, p. 5-9. — *System des heutigen römischen Rechts,* t. I, Berlin, 1840, §§ **7-8**, p. 13-21 et §§ **12-15**, p. 34-57 ; ou *Traité de droit romain,* trad. Ch. Guenoux, t. I (Paris, 1855), §§ VII-VIII, p. 14-21 ; §§ XII-XV, p. 32-54.

3. Von Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit,* 1892, p. 10, p. 12, p. 27, p. 28, p. 32, p. 34-36, p. 43, p. 56-57.

4. W. Arnold, *Cultur und Rechtsleben,* Berlin, 1865, appelle côté technique du droit l'élément extérieur, formel et logique, qui, suivant lui, distingue le « juridisme ». Voy. notamment p. 197, p. 202. — Et, pour le développement de sa pensée à cet égard : p. 202-205

Elle est, notamment, à la base des études de R. von Jhering, sur la technique du droit romain [1], où apparaît le premier essai — resté peut-être le plus vigoureux — de marquer la part capitale de cet élément dans l'ensemble de la jurisprudence. — Sans doute, von Jhering se montre un peu gêné, tant par la nouveauté du sujet que par le mélange, correspondant d'ailleurs au but de son ouvrage, d'une théorie générale de la technique juridique et de la théorie spéciale de la technique du droit romain (ancien). Même dans sa théorie générale, on peut lui reprocher de n'envisager, comme objet de la technique, que la *réalisabilité formelle* du droit (entendue, d'ailleurs, au sens le plus large) [2]. Il n'en reste pas moins vrai qu'il a su donner un relief saisissant et une portée de premier ordre à cette partie du droit qu'il appelle tantôt technique, tantôt méthode, tantôt art juridique [3]. — Or, suivant la pensée

---

(zweites Buch, erstes Kapitel), p. 288-335, p. 340-341 (zweites Buch, drittes Kapitel). — Cette première notion, peu précisément déterminée, de la technique juridique, semble persister chez beaucoup d'auteurs. Voy. notamment A. Colmo (*La téchnica juridica en la obra del profesor Gény*), dans *Revista juridica y de ciencias sociales*, Buenos-Aires, 1916, año XXXIII, p. 6-7 (cap. I) et cap. III, p. 12-19.

1. R. von Jhering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwickiung*, zweiter Theil, zweite Abtheilung, 4 A., Leipzig, 1883, §§ xxxvii-xlvii[d], p. 309-674; dritter Theil, erste Abtheilung, 4 A., Leipzig, 1888, erster Abschnitt, §§ xlviii-lviii, p. 1-310; ou *Esprit du droit romain*, trad. de Meulenaere, 3e éd., 1887-1888, §§ **42-68**, t. III, t. IV, p. 1-301. — Et, pour une application très fouillée, mais un peu confuse : *Der Besitzwille*, zugleich eine Kritik der herrschenden juristischen Methode, Jena, 1889, § ix, p. 144-196; ou *Du rôle de la volonté dans la possession*. Critique de la méthode juridique régnante, trad. de Meulenaere, Paris, 1891, § ix, p. 124-170.

2. Voy. surtout : R. von Jhering, *Geist des römischen Rechts*, erster Theil, 5 A., Leipzig, 1891, p. 51-55 (§ iv); zweiter Theil, zweite Abtheilung, 4 A., Leipzig, 1883, § xxxviii, p. 322-333; ou *Esprit du droit romain*, trad. de Meulenaere, 3e éd., 1886-1887, t. I, p. 51-56 (§ **4**); t. III, § **43**, p. 16-26. — *Der Besitzwille*, Jena, 1889, p. 144-151; ou *Du rôle de la volonté dans la possession*, Paris, 1891, p. 125-130, § ix.

3. Voy. notamment : R. von Jhering, *Geist des römischen Rechts*, zweiter Theil, zweite Abtheilung, 4 A., Leipzig, 1883, § xxxvii, p. 309-321; dritter Theil, erste Abtheilung, 4 A., Leipzig, 1888,

essentielle de Savigny, mais en même temps la précisant et la développant, von Jhering voit, dans la technique, l'élément, véritablement spécifique, du droit, ce qui le met à part, le distingue de tout autre objet de l'activité humaine, d'après son but. Et, s'il ne prétend pas en dégager exhaustivement tout le contenu, il en signale, du moins, les plus importants aspects.

Entre ceux-ci, von Jhering avait, particulièrement, mis en saillie, pour la première fois, le rôle des concepts et des constructions auxquelles ils donnent lieu, de ces parties intellectuelles de l'élaboration juridique qu'il devait, plus tard, chercher à réduire à leur juste mesure [1]. De là, est sortie une notion rétrécie de la technique juridique, formant comme une seconde acception de cette expression, et tendant à n'y voir que la précision et l'agencement des concepts qui traduisent, pour l'esprit du jurisconsulte, les réalités tangibles de la vie du droit. — Telle est, semble-t-il, l'essence de la technique juridique pour B. Windscheid [2] et, parfois, pour J. Kohler [3].

En étendant quelque peu cette conception, sans revenir à la notion la plus large, on a pu aussi compendre, sous le nom de technique juridique, toute la partie systématique de la jurisprudence. — C'est le point de vue habituel de

---

§ xlviii, p. 1-10; ou *Esprit du droit romain,* trad. de Meulenaere, 3e éd., 1887-1888, § **42**, t. III, p. 3-15 et § **58**, t. IV, p. 1-9.

1. Notamment, dans : *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz,* 3 A., Leipzig, 1883, traduit par de Meulenaere, sous ce titre : *Satires et vérités,* dans : *Études complémentaires de l'esprit du droit romain,* IV; Paris, 1902, p. 71-422; — et dans : *Der Besitzwille,* Jena, 1889, trad. de Meulenaere : *Du rôle de la volonté dans la possession, Études complémentaires,* III, Paris, 1891.

2. B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts,* 9 A., Th. Kipp, t. I, Frankfurt, a. M., 1906, § **24**, p. 110-112, notamment note 2 (p. 112).

3. Voy. notamment : J. Kohler, *Rechtsphilosophie und Universalrechtsgeschichte,* § **10**, Rechtsphilosophie und Rechtstechnik, dans *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung,* 7 A., München, Leipzig u. Berlin, t. I, 1913, p. 16.

R. STAMMLER[1]. C'est aussi celui qui semble généralement adopté en France. Il est suivi, notamment, par L. MICHOUD[2] et R. SALEILLES[3]; et il a été adopté, avec une spécification un peu étroite, il est vrai, par H. ROLIN[4]. On peut donc le considérer comme donnant lieu à une troisième acception du mot, la plus courante, peut-être, à l'heure actuelle[5].

---

1. Voy. par exemple : R. STAMMLER, *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung,* 2 A., Leipzig, 1906, p. 161-162, p. 164-165 (§ **30**).

2. Voy. L. MICHOUD, *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français,* t. I, Paris, 1906, nos **3-5**, p. 8-15; comp. n° **22**, p. 48-51 et p. 109, note 1 (n° **50**); t. II, Paris, 1909, p. 502, p. 519.

3. Voy. surtout : R. SALEILLES (*Droit civil et droit comparé*), dans *Revue internationale de l'enseignement,* 1911-1°, t. LXI, p. 5-32, *passim,* notamment p. 9-10, p. 12-14, p. 15, p. 18-25. — Et, là-dessus : Fr. GENY (*La conception générale du droit, de ses sources, de sa méthode, dans l'œuvre de Raymond Saleilles*), dans : *L'œuvre juridique de Raymond* SALEILLES, Paris, 1914, n° **9**, p. 32-35, et n° **15**, p. 55-60.

4. H. ROLIN, *Prolégomènes à la science du droit.* Esquisse d'une sociologie juridique, Bruxelles et Paris, 1911, p. 65-73, présente la technique juridique comme l'ensemble des moyens permettant de graver les règles de sanction du droit dans l'esprit des chefs (chargés de les appliquer), ou de leur permettre de les retrouver par une opération intellectuelle simple.

5. Voy. entre autres : Istratti N. MICESCO, *La personnalité morale et l'indivision comme constructions juridiques* (étude de technique juridique), thèse de doct. Droit, Paris, 1906-*1907*, *passim,* notamment conclusion, p. 183-189. — N. TITULESCO, *Essai sur une théorie générale des droits éventuels,* thèse de doct. Droit, Paris, *1907*-1908. — C.-G. PARTHENIU, *Le droit social sur les choses.* Essai sur la nature des propriétés collectives; thèse de doct. Droit, Paris, *1908*-1909, notamment p. 7, p. 12, p. 203. — Cette conception de la technique juridique ressort aussi très nettement, dans certains de ces développements, du beau travail d'E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé,* thèse de doct. Droit, Dijon, 1911-*1912,* notamment p. 12-13, p. 116-118, p. 200-205, p. 214-220, p. 360-367. — Comp. encore M. NAST (*Le problème de la personnalité juridique*), dans *Revue critique de législation et de jurisprudence,* 1911, nouvelle série, t. XL, p. 546 : « ... le problème de la personnalité juridique apparaît comme se rattachant directement à la technique du droit, si l'on entend par là l'ensemble des moyens par lesquels on peut faciliter la réalisation des phénomènes économiques et sociaux dans le domaine juridique,

Il est vrai qu'une signification, très différente et presque opposée, se rencontre encore attribuée, par quelques-uns (surtout par quelques jurisconsultes allemands), à l'expression : technique juridique. Ce serait l'œuvre de la pratique s'opposant à celle de la théorie, l'application plutôt que le dégagement des principes. En d'autres termes, la science proprement dite du droit (*die Rechtswissenschaft*) consisterait surtout à former les principes et à les combiner, par voie de construction systématique, la technique du droit (*die Rechtsteknik*) tendrait à adapter les principes aux situations de fait, avec cet art, soit instinctif, soit conscient, où ont excellé les Romains. Ainsi, la technique du droit représenterait comme un étage inférieur de son élaboration, l'interprétation des textes, leur adaptation à la vie pratique, sans le souci d'un travail intellectuel supérieur, qui appartiendrait plutôt à la science. — Des indices, fort nets, de cette vue, apparaissent en certains passages de J. Kohler [1] et de R. Stammler [2], et on la retrouverait aisément en d'autres travaux [3].

---

on peut adapter le droit à la vie, on peut donner, en un mot, à l'organisation des intérêts humains, une armature juridique. »

1. Voy. surtout : J. Kohler, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts,* t. I, Berlin, 1904, I Buch. Rechtsordnung. IV Abschnitt. Das Recht als Wissenschaft und Teknik, §§ **42-43**, p. 135-145, où se trouve le plus nettement présentée, à mon avis, la conception signalée au texte.

2. Cons. par exemple : R. Stammler *(Die Zukunftsaufgaben des Rechtes und der Rechtswissenschaft),* dans *Systematische Rechtswissenschaft (Die Kultur der Gegenwart,* Teil II, Abteilung VIII), Berlin u. Leipzig, 1906, p. 490, p. 497-499. — *Die Lehre von dem richtigen Rechte,* Berlin, 1902, Eröffnung, I, p. 3-11 (Pour la critique de Stammler à cet égard, voy. notamment : A. Rava, *Il diritto come norma tecnica,* Cagliari, 1911, p. 33, note 1). — Cette notion paraît quelque peu précisée et élargie par R. Stammler, dans *Theorie der Rechtswissenschaft,* Halle a. d. S., 1911, siebenter Abschnitt, *Die Technik des Rechtes,* p. 559-652, où, à la suite d'une définition philosophique assez nuageuse (p. 559-565), ramenant la technique à l'*expression juridique (der rechtliche Ausdruck,* p. 563), il nous présente, comme ses parties principales, la formulation du droit, le droit formel, l'interprétation du droit formel et son complément.

3. Voy. par exemple : J. Ofner, *Studien sozialen Jurisprudenz,*

181. — S'il ne s'agissait que de terminologie, nous serions libres, en ce domaine mouvant, que l'usage n'a pas encore fixé, de choisir, à notre guise, la position qui parût la plus ferme. Mais les mots sont ici dominés par les institutions. Et il importe surtout de préciser cette notion de technique d'une façon qui lui assure l'efficacité et la fécondité que nous voulons revendiquer pour elle.

De ce point de vue, je n'hésiterai pas, d'abord, à écarter la dernière des significations, qui vient d'être indiquée. En faisant de la technique une œuvre de pure pratique et comme le travail subalterne du juriste, non seulement elle ne nous offre rien de profond, elle suppose, plutôt qu'elle ne précise, une distinction qui manque totalement de solidité, si, comme il le semble bien, la pratique du droit ne peut se développer qu'appuyée à des idées de fond. Mais, surtout, la notion de technique, ainsi rétrécie, resterait manifestement impuissante à vivifier la jurisprudence, puisque, loin d'élargir ses horizons, elle la vouerait, en quelque sorte *a priori*, à une routine décourageante et aux plus infimes besognes.

Les trois autres acceptions du même mot (technique), signalées antérieurement, ne sont pas sans lien entre elles. La seconde et la troisième ne forment que des branches de la première, et chacune d'elles, prise à part, se montre véritablement trop étroite. Systématiser les préceptes du droit ne saurait, à coup sûr, en composer toute la technique; moins encore, former et agencer les concepts qui

---

Wien, 1894. I. Die Jurisprudenz als soziale Technik. — ROMEICK, *Zur Technik des bürgerlichen Gesetzbuchs*, Stuttgart, 1901, 1901, 1904. — G. von BUCHKA, *Die indirekte Verpflichtung zur Leistung*. Ein Beitrag zur Technik des bürgerlichen Rechts. Leipzig, 1904. — Voy. aussi : G. GIANNINI, *Étude sur le défaut de technique juridique dans la rédaction des traités internationaux, notamment dans les conventions et les accords de l'Union postale universelle (causes et remèdes)*, dans *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1914-1915, t. XLIV, p. 65-84, qui vise surtout la technique législative, sur laquelle comp. ci-après p. 27 (n° **185**) et n° **201**.

représentent ces préceptes à l'esprit. Il y a d'autres parties également constitutives de l'art du juriste[1]. Toutes ensemble doivent être réunies, pour exprimer ce qui spécifie le droit et distingue sa culture de toute autre activité humaine[2]. — Ainsi sommes-nous ramenés, pour avoir la pleine notion de la technique juridique, à reprendre la première acception du mot, annoncée par Savigny, précisée et amplifiée par v. Jhering, et à comprendre, dans cette face importante du droit, tout ce qui fait le métier propre du juriste, ce qui lui crée dans la société un rôle à part, ce qui donne à son activité les formes et les moyens répondant au but spécifique qu'elle poursuit[3] : *la réalisation effective de la justice entre les hommes.* — Telle est, aussi bien, la notion dont le relief apparaît saisissant chez ceux qui ont su développer le premier germe jeté par von

---

1. C'est ainsi qu'on a pu opposer à l'*acte juridique causal* (institution caractérisée par son but) les *formes techniques* de sa réalisation. Voy. F. Senn, *Études sur le droit des obligations*, tome premier. I, *Étude d'un acte juridique causal. La donation à cause de mort*, Paris, 1914, notamment Introduction, p. 3-18, et note, p. 127.

2. Comp. H. Krabbe, *Die Lehre der Rechtssouveränität*, Groningen, 1906, p. 160 : « Ein grosser Teil der Rechtsbildung ist rein technische Arbeit und besteht in dem Erforschen der zweckmässigsten Normen zur Erzielung einer bestimmten Wirkung, z. B. der Steurung der Trunksucht, Normen die zwar nur duch das Wertverhältnis, worin ihre Zwecke sich befinden, zu Rechtsnormen werden, bei denen jedoch die Prüfung des Rechtswertes selbst nicht im Vordergrund steht. » — En ce sens, on oppose parfois le *côté technique* du droit à son *côté éthique*. H. Krabbe, *op. cit.*, p. 172-173. — A. Rava, *Il diritto come norma tecnica*. Cagliari, 1911, *passim*. — Rappr., pour une distinction tirée d'un point de vue fort différent, entre les normes techniques et les normes éthiques : N. M. Korkounov, *Cours de théorie générale du droit*, trad. Tchernoff, Paris, 1903, liv. I, chap. I, § 5, p. 45-52, notamment : « Les normes techniques sont des règles qui indiquent la manière d'agir pour atteindre tel but déterminé », p. 45; et « ... les normes éthiques pour la réalisation de tous les buts humains », p. 47.

3. Comp. Dr H. Krabbe, *Die Lehre der Rechtssouveränität*, Groningen, 1906, p. 172-173 (§ 22).

Jhering, et au premier rang desquels il faut placer Ed. Cuq [1].

Toutefois, ainsi entendue, la notion pourra sembler manquer encore de précision [2]. Elle menace d'embrasser toute l'élaboration du droit positif, quelle qu'elle soit et si haut qu'elle s'élève dans la recherche des principes [3]. — C'est que rien, jusqu'alors, ne nous fait connaître exactement l'œuvre propre et les limites de l'*art* ou du *métier* dans la constitution et l'application du droit. Et, tant que ce point n'est pas fixé, nous ne sortons pas des brumes vagues.

1. D'après Ed. Cuq, *Les institutions juridiques des Romains*, t. I. L'ancien droit, Paris, 1891, p. 717 : « La technique du droit consiste en un ensemble de procédés destinés à assurer l'application du droit de la manière la plus rapide et la plus complète. » — Sur la base de cette définition, l'auteur présente une étude détaillée de la technique du droit romain, tant pour l'époque ancienne (*ibid.*, t. I, p. 717-734) que pour l'époque classique (t. II. Le droit classique et le droit du Bas-Empire, Paris, 1902 et 1908, p. 38-44, et p. 52-53). [Les passages signalés ci-dessus du tome I ne se retrouvent pas dans la nouvelle édition de 1904. Voy. seulement p. 163-165).] — Voy. aussi : F. Senn, cité plus haut, p. 12, note 1 (n° **181**).

2. C'est ce qu'on observe, par exemple, en lisant G. Jèze (*Cours de droit public*, Paris, 1913), *La technique juridique du droit public français*, qui prétend cependant distinguer dans le droit : la *politique* et la *technique;* chapitre premier, section I, p. 3-6 [comp. ce qui a été dit plus haut de Savigny, p. 6 (n° **180**)], reproduit dans *Les principes généraux du droit administratif*, 2e éd., Paris, 1914, p. 3-6. — La même distinction reparaît en la plupart des travaux de cet auteur. Voy., entre autres, et comme particulièrement significatif : G. Jèze, *Les lois rétroactives* (à propos de la loi du 7 avril 1915 sur les retraits de naturalisation), dans *Revue du droit public et de la science politique*, 1916, t. XXXIII, p. 26-51). — Mais, quand on la veut serrer de près, on n'arrive pas à dégager le critérium précis qui séparerait la technique juridique de la politique. — Comp. P. Duez, *De l'indépendance des autorités législatives et des autorités réglementaires dans la fixation des règles de droit,* thèse de doct. Droit, Lille, 1913-*1914, passim*, notamment p. 25-26. — On peut se demander si, au fond, ces auteurs ne ramènent pas la technique du droit à ce qui se dégagerait purement et simplement de la *loi écrite*.

3. Voy., par exemple : A. Esmein *(La jurisprudence et la doctrine)*, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, t. I, p. 13-14, p. 17-18. — Comp. la critique formulée par L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2e éd., t. I, Paris, 1921, p. 37 (§ 7).

Un effort sérieux a cependant été tenté assez récemment par R. Demogue pour donner toute sa valeur à la notion de technique juridique et lui constituer une individualité à part, en spécifiant son rôle dans l'ensemble de l'élaboration du droit [1].

R. Demogue ne se contente pas de nous rappeler ce qu'est la technique dans les arts, savoir « l'habileté à adapter les moyens à des fins déterminées » [2]; en nous montrant comment cette habileté devient, en matière de droit, « l'art de concilier les intérêts par des mesures plus exactement adaptées au but » [3]. Il cherche à mettre en pleine valeur cette vue, simplement approximative, des choses et entreprend une véritable théorie de la technique juridique [4]. — Après avoir observé que le droit doit, avant tout, tenir compte de la volonté qui crée les droits et des intérêts qui en forment le contenu, il découvre, dans le mode de protection de ces deux éléments, volonté et intérêts, l'objet propre de sa technique [5]. Il critique ensuite, tout en reconnaissant l'importance de leurs idées, R. von Jhering et Ed. Cuq d'avoir limité le rôle de la technique à assurer la réalisation du droit d'une façon sûre et uniforme, facile et rapide. Il faut, en outre, dit-il, « faire appel..... à une troisième donnée, l'adaptation du droit aux circonstances imprévues [6] ». Et, identifiant la technique juridique avec ce que L. Tanon a appelé le côté formel du droit, il propose, suivant la détermination de cet auteur, d'y voir « l'étude qui a pour objet de reconnaître les voies par lesquelles une règle idéale de conduite

1. R. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, 1911, surtout deuxième partie.

2. R. Demogue, *op. cit.*, p. 53. *Adde :* p. 53-55.

3. R. Demogue, *op. cit.*, p. 39.

4. Particulièrement, dans sa deuxième partie, I. Principes, p. 201-285.

5. R. Demogue, *op. cit.*, p. 201-202.

6. R. Demogue, *op. cit.*, p. 202-204.

obtient les caractères de la positivité et se transforme en une règle juridique obligatoire »[1]. — Mais, bien qu'il prétende éclairer cette définition par l'exemple du rôle respectif de la prévention et de la répression, dont la première l'amène à signaler quelques procédés techniques généraux[2], son exposé laisse nos esprits incertains et, à vrai dire, tend plutôt à troubler la notion de la technique juridique, incomplète ou imprécise peut-être, du moins saisissante et nette, que nous avait suggérée la lecture de R. von Jhering et d'Ed. Cuq. Et la suite des développements, où R. Demogue envisage les diverses espèces de techniques (législative, jurisprudentielle, doctrinale)[3], décrit certains procédés techniques (fictions, mécanismes techniques, technique du droit comparé)[4], et surtout présente des applications, détaillées et souvent très fouillées, de sa notion générale[5], ne fait qu'accroître notre embarras et accentuer l'équivoque[6]. En définitive, une technique, ainsi comprise, ne se distingue plus de la théorie générale ou particulière du droit[7].

---

1. Voy. L. Tanon, *L'évolution du droit et la conscience sociale,* Paris, 1900, p. 40. — R. Demogue, *op. cit.*, p. 204.

2. R. Demogue, *op. cit.,* p. 204-206.

3. R. Demogue, *op. cit.,* deuxième partie, I, chap. II-IV, p. 207-237.

4. R. Demogue, *op. cit.,* deuxième partie, I, chap. V-VII, p. 238-285.

5. R. Demogue, *op. cit.,* deuxième partie, II, p. 286-565.

6. D'après un critique pénétrant de R. Demogue, celui-ci distinguerait de la *technique* juridique proprement dite, représentant la conciliation des intérêts divers sur le terrain de la construction théorique, *l'action* exprimant les résultats que donnent les tendances diverses sur le terrain des faits (M. Desserteaux, dans *Annales de droit commercial,* 1911, t. 25, p. 169). Cette distinction, qui semble imaginée pour relier la troisième partie de l'ouvrage (intitulée : *Le droit privé et l'Etat*) à son idée fondamentale, ne me paraît ni répondre à la pensée vraie de l'auteur, ni pouvoir dissiper le trouble résultant de ses développements. — Comp. là-dessus Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif,* I, Paris, 1914, p. 99, note 3 (n° **34**).

7. Comp. H. Capitant (étude critique de l'ouvrage de R. Demogue), dans *Revue trimestrielle de droit civil,* 1911, t. X, p. 734-740. — Une

182. — Revenons donc à la première conception de la technique juridique, celle qui, pressentie par SAVIGNY, a servi de base commune à tous les développements ultérieurs. Cherchons seulement à la serrer de plus près, à en découvrir toute la richesse et à en délimiter précisément le contenu, de façon à marquer cette notion d'une forte empreinte. — Au fond, il s'agit d'isoler l'élément spécifique du droit, de discerner, dans les institutions sociales, ce qui fait qu'elles sont juridiques, de faire ressortir ainsi quel doit être le métier propre du juriste. Menons cette recherche, pas à pas, méthodiquement, en évitant de nous payer de mots, et en dégageant tout simplement le sens, intime et profond, des réalités les plus certaines.

Or, il semble que nous puissions déjà préparer la solution du problème, si nous nous aidons de la distinction précieuse, soigneusement établie par la scolastique sur les bases posées par Aristote et généralisée par la philosophie critique ultérieure, entre la matière et la forme [1]. — Dans toutes les institutions sociales, il y a une matière consistant, outre les réalités physiques, psycho-

---

notion de la technique du droit, analogue à celle de R. DEMOGUE et également vague (adaptation du droit aux circonstances), se rencontre chez Dimitrie N. MICESCOU, *Essai sur la technique juridique;* thèse de doct. Droit, Paris, *1911*-1912. Voy. notamment p. 365, et, pour les développements, p. 210-211, p. 212-213, p. 302-303, p. 345. — Voy. aussi : BRUGI, *Introduzione alle scienze giuridiche e sociali,* cap. III. § 13.

1. Pour l'application de cette distinction aux matières juridiques, voy. notamment : L. von SAVIGNY *(Das Naturrechtsproblem und die Methode seiner Lösung,* § V*)*, dans *Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im deutschen Reich*, 1901, XXV Jahrgang, p. 47-52 [429-434]. — F. BEROLZHEIMER, *System der Rechts-und Wirtschaftsphilosophie,* t. I, München, 1904, Vorrede, p. VII-VIII et *passim* dans tout le traité, t. I-V, 1904-1907. — R. STAMMLER, *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung,* 2. A., Leipzig, 1906, § 22, p. 112-121. — *Die Lehre von dem richtigen Rechte,* Berlin, 1902, p. 216-219. — *Theorie der Rechtswissenschaft,* Halle a. d. S., 1911, p. 6-10, p. 24, p. 26, p. 36, p. 272, p. 351, p. 517, p. 757; comp. p. 382-384.

logiques, sociologiques, qui donnent lieu à règlement, en des directions économiques ou morales, aptes à en suggérer les préceptes. A cette matière, quelque peu incohérente, le droit vient donner la forme, qui, seule, réalise son but propre. Et ici, nous n'entendons pas la forme, au sens spécial des juristes, comme désignant un ensemble de solennités extérieures, nécessaire parfois pour estampiller les actes ou les situations et leur donner une valeur juridique. Pareille forme (*stricto sensu*) peut compter parmi les procédés de la technique du droit [1]. Mais, c'en est un aspect trop restreint, du point de vue général où nous devons, d'abord, nous établir. — A cette place, nous envisageons la forme, sous l'angle pleinement philosophique, pour marquer la modification d'une matière, suivant une idée directrice, un but, qui en fasse une entité distincte et spécifique. Et nous observons que le droit représente assez exactement la forme, ainsi comprise, venant, en quelque sorte, mouler la matière sociale.

Si, maintenant, nous considérons que la matière des institutions sociales se confond avec ce que nous avons appelé le *donné* de l'ordre juridique, et où nous avons trouvé l'objet d'une élaboration proprement scientifique du droit [2], il reste que la forme consiste en l'œuvre artificielle [3], par laquelle le juriste doive s'efforcer de modeler ce que lui offre le monde, en vue de réaliser, pratiquement et par le menu, les exigences, un peu théoriques et générales, issues du *donné*. A cela tend précisément la technique, affaire de volonté plus que d'intelligence, qui se spécifie par son caractère *constructif*, visant à choisir

1. Voy. ci-après chapitre quatrième (XVIII), n^os **202-206**.

2. Voy. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, II, Paris, 1915, *passim*, principalement chapitre neuvième (XIV), p. 351-422, et, surtout encore, n^os **166-170**, p. 369-389.

3. Sur le côté artificiel des solutions juridiques, voy. une observation intéressante faite, en passant, par M. Hauriou (note sous Conseil d'État, 11 juin 1909, I), dans *Sirey*, 1910. 3. 113, col. 2 *initio*.

et organiser, comme des sortes de « trucs », les moyens les plus aptes à atteindre les fins suprêmes du droit [1].

Qu'il y ait, dans l'ensemble de l'organisation sociale, un élément de ce genre, et que cet élément soit la marque du « juridisme », c'est ce que nous fait apercevoir un simple regard, jeté sur les institutions que nous considérons comme les expressions les plus nettes du droit vivant. — La constitution juridique de l'État n'est pas autre chose qu'un ensemble de conventions et d'artifices, tendant à construire fortement, sur l'entité naturelle « nation », les données les plus simples, qui sont à la base de la vie sociale de l'humanité. — La loi écrite, qu'on a qualifiée « le verbe parfait du droit » [2], qu'est-ce autre chose qu'un procédé, imaginé et perfectionné par l'ingéniosité de l'homme, pour fixer des règles, de leur nature, flottantes, équivoques et incertaines? A un degré moindre, le même trait se retrouve dans la coutume, l'autorité, bref, en tout ce qu'on peut appeler les sources formelles du droit. — Et, si nous descendons au travail propre du juriste, réceptif ou productif, il n'importe; toujours nous observons qu'il consiste à couler quelques préceptes naturels dans un moule artificiel qui les informe en vue d'une adaptation à la vie [3].

D'après cela, la technique juridique me paraîtrait représenter le côté *artificiel* de l'édifice du droit [4], ce qui en

---

1. Comp. Fr. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, I, Paris, 1914, nos **32-34**, p. 95-100. — *Adde*, sur la signification générale de la technique : L. v. WIESE *(Einleitung. Privatwirtschaft, Volkswirtschaft und Technik)*, dans *Wirtschaft und Recht der Gegenwart*, Tübingen, 1912, t. I, p. 5.

2. L'expression est de J.-C. BLUNTSCHLI, *Le droit public général*, trad. A. de RIEDMATTEN, Paris, Guillaumin et Cie, 1881, p. 6.

3. L'importance de la technique juridique, ainsi comprise, ressort bien du curieux travail de F. MALLIEUX, *L'exégèse des codes et la nature du raisonnement juridique*, Paris, Giard et Brière, 1908.

4. Comp. F. BRUNETIÈRE *(Revue littéraire, Le Code civil et le théâtre)*, dans *Revue des Deux-Mondes*, no du 1er novembre 1887. Troisième période, 57e année, p. 221-223.

est proprement *construit,* par opposition à ce qui en est *donné.* Il y a bien là quelque chose de spécifique au droit, — bien qu'on en rencontre l'analogue ailleurs [1], — en ce que la construction juridique doit être dirigée en vue d'un but propre, le maintien de l'ordre dans la société. Et l'élément, ainsi déterminé, mérite d'être envisagé à part, parce que, dépendant essentiellement de la volonté, il comporte plus d'effort personnel, plus de perfectionnement, continu et progressif, que le « donné » qui s'impose à nous et ne demande qu'à être reconnu [2].

183. — Cette précision de la notion de technique juridique rencontre, pourtant, une objection, dont l'examen peut amener ici une explication utile : Comment admettre une élaboration de la matière, proposée au droit, qui n'ait pas sa base *donnée* avec celle-ci, qui ne soit donc pas œuvre de raison, qui dépende de l'appréciation subjective, et, pour ainsi dire, de la fantaisie seule du juriste ? Et, si on ne le saurait admettre, que devient la distinction présentée ?

L'objection, assurément sérieuse, — qu'on m'a faite et

---

1. On peut, par exemple, rapprocher, de la technique du droit, le langage, relativement à la communication des pensées entre les hommes. Des éléments, naturels et rudimentaires, de cette communication sont, peu à peu, érigés, au moyen d'artifices et de conventions, en ces signes perfectionnés qui constituent proprement les langues humaines. Sous un fonds commun, celles-ci présentent des diversités nombreuses, parce qu'il y a souvent plusieurs moyens pour atteindre le même but. De même, diffèrent entre elles les techniques des législations diverses. Au surplus, nous aurons plus tard à marquer la place du langage parmi les procédés de la technique du droit. Voy. ci-après chapitre huitième (XXII), nos **261-268**.

2. En réduisant la notion de technique aux règles de droit *constructives,* qu'il oppose aux *normatives*, L. Duguit (notamment *Traité de droit constitutionnel*, 2e éd., t. I, Paris, 1921, § **7**, p. 36-46 ; comp. p. 73-79 [§ **11**], p. 88-91 [§ **12**]) me paraît avoir une vue juste, mais trop étroite. — Rappr. de L. Duguit, sur ce point : M. Réglade, *La Coutume en droit public interne,* thèse de doct. Droit, Bordeaux, *1919,* p. 13-20, p. 96-113, p. 143-144, p. 186-187, p. 291-296.

que je m'étais adressée à moi-même, — part d'un point de vue extrême, qui dénature mon idée et qui fausse, en l'exagérant, la distinction des facultés humaines, dont le jeu concourt à la complète élaboration du droit.

En spécifiant la technique juridique comme une œuvre de construction artificielle, je ne prétends pas la soustraire à la raison, qui doit assurément diriger toute activité humaine [1]. Aussi bien verrons-nous qu'on peut faire une théorie de la technique, et que cette théorie se fonde sur certains principes rationnels, tels que la facilité de réalisation, la sûreté, la rapidité, l'économie [2]. — Mais, les données objectives du droit ne sont pas, dans la précision de leurs détails, d'une évidence qui s'impose, telle quelle, à la raison. Il faut donc, pour les mettre en œuvre, un effort propre de l'homme qui, les yeux fixés sur le but général à lui proposé, cherchera les moyens de l'atteindre. Or, si le rapport de moyens à fin est bien, en soi, un principe rationnel, les moyens eux-mêmes sont variables; plusieurs peuvent parfois conduire au but; il s'agit de choisir entre eux. La volonté peut, seule, faire ce choix.

On insiste, il est vrai, et l'on nous dit : c'est toujours la raison qui devra indiquer le moyen le mieux apte à conduire au but, et, pour ainsi dire, le plus topique [3]. — Ce disant, il me paraît qu'on méconnaît les limites de la raison et qu'on prétend la séparer trop radicalement de la volonté. Il arrive, en bien des conjonctures, que, la raison n'offrant pas de lumières suffisantes, la volonté doit trancher le débat par un coup de barre décisif. Cette procé-

1. Sur la notion large de la raison, voy. les références indiquées par Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, Paris, I, 1914, p. 162, note 2 (nº **56**). — *Adde :* E. Boutroux, *Du rapport de la philosophie aux sciences*, dans *Revue de métaphysique et de morale*, 1911, t. XIX, p. 424, p. 429-431.

2. Voy. ci-après chapitre second (XVI), *passim*, notamment p. 36-40 (nºs **188-189**).

3. Comp. M. Hauriou, *Principes de droit public*, 2e éd., Paris, Sirey, 1916, p. 60, note 1.

dure, qui permet notamment d'expliquer la force de la croyance [1], paraît l'emporter tout à fait dans le domaine de l'action, dont la technique n'est qu'une dépendance. Quand il n'est plus question que de mettre à effet certaines données, supposées acquises, la décision du juriste, basée sur son tact propre plus que sur une évidence rationnelle, reste maîtresse des procédés par lesquels elle poursuivra le but [2].

J'admettrai, si l'on veut, en conséquence de l'objection soulevée, que notre séparation de science et de technique ne saurait être poussée jusqu'au bout de ses termes catégoriques. Du moins, la retiendrons-nous comme marquant la limite de deux éléments différents de l'élaboration du droit : l'un, rationnel, où règne principalement la connaissance; l'autre, artificiel, où domine la volonté. — Cela suffit pour donner à la distinction une importance capitale et qui révèle, à tout le moins, une double tendance profondément accusée. Car, si nous sommes bridés, dans le dégagement des données du droit, par les préceptes de la recherche scientifique, nous aurons plus grande latitude, toutes les fois que nous construirons, avec les seules ressources de notre art personnel, les aménagements intérieurs de l'édifice juridique. — Or, il ne faut pas s'y tromper, ces aménagements constituent la partie capitale de la jurisprudence. Et, par suite, la technique, qui a pour fonc-

---

1. Comp., par exemple, J. Payot, *De la croyance,* Paris, F. Alcan, 1895, *passim,* notamment liv. II, chap. I-II, p. 135-165.

2. Sur les idées générales qui servent de base à ces développements, comp. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif,* I, Paris, 1914, n^os **25-28**, p. 75-87; n° **56**, p. 161-164; n° **61**, p. 181-185. — On peut dire, aussi, que, dans la technique, la notion d'utilité joue un rôle propre, nettement séparé de celui de la notion de justice, tandis que, du point de vue de la science, l'utilité n'est guère qu'une face de la justice. Comp. sur ce dernier point : Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif,* t. II, 1915, n° **165**, p. 366-369. *Contra :* G. Ripert, *Droit naturel et positivisme juridique,* Marseille, 1918, p. 26-27 (n° **22**).

tion propre de les ordonner, jouera le rôle le plus notable dans la formation et le développement effectif du droit[1].

Ici, toutefois, nous attend, sans doute, une autre objection, celle-ci de fait ou d'impression, mais non moins puissante : N'êtes-vous pas conduit, nous dira-t-on, à donner à la technique, au détriment de la science, une importance prépondérante? Et, d'autre part, en rabaissant les sources formelles du droit, même la loi écrite, au rang de simples procédés techniques, n'allez-vous pas leur enlever de leur prestige et de leur force?

Je ne recule pas devant ces conséquences de ma doctrine, mais je prie qu'on les veuille bien apprécier avec une impartialité froide, au lieu de les condamner sous le coup d'un sentiment hâtif. — Assurément, l'un des résultats nécessaires de ma notion de technique juridique est bien de lui reconnaître une importance capitale pour l'élaboration du droit. Il convient, tout de même, d'observer que ses constructions artificielles ne se peuvent élever que sur une base — si étroite soit-elle — fermement posée par la science et la croyance[2]. Ceci bien compris, on ne peut, je crois, que se féliciter de ce que les efforts personnels du juriste doivent animer, vivifier et développer la matière, inerte et maigre, que la nature offre à ses investigations. — Et, si je n'hésite pas à réduire les sources formelles du droit positif, voire, au premier rang, la loi écrite, au rôle d'instruments techniques de la jurispru-

1. On ferait aisément l'application de ces idées à l'institution de la prescription, dont l'organisation détaillée est tout artificielle (donc technique, en mon sens), alors que son principe est nettement fondé sur des idées rationnelles. — Comp., à cet égard : J. Kohler, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts,* t. I, Berlin, C. Heymann, 1904, p. 81 (§ **24**, III).

2. Voy., à cet égard : Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif,* II, Paris, 1915, principalement chapitre neuvième (XIV), p. 351-422. — Comp. Fr. Geny *(Les procédés d'élaboration du droit civil),* dans *Les méthodes juridiques,* Paris, Giard et Brière, 1911, p. 185-192.

dence [1], j'estime mieux reconnaître ainsi leur nature exacte et, par suite, en mesurer plus justement l'effet. En même temps, j'espère échapper, sinon à la difficulté d'un conflit, du moins au scandale d'une contradiction entre la loi écrite et le droit naturel. Au lieu du heurt violent de deux puissances, également infrangibles, nous ne rencontrerons que la divergence de deux points de vue distincts. Et, sans doute, il restera de savoir lequel doit, suivant les cas, l'emporter. Du moins, ne serons-nous pas acculés à la catastrophe d'un choc irrémissible [2].

Finalement, — et toutes contradictions pesées, — je crois pouvoir préciser la notion de technique juridique, en disant qu'*elle représente, dans l'ensemble du droit positif, la forme opposée à la matière, et que cette forme reste essentiellement une construction, largement artificielle, du donné, œuvre d'action plus que d'intelligence, où la volonté du juriste se puisse mouvoir librement, dirigée seulement par le but prédéterminé de l'organisation juridique qui suggère les moyens de sa propre réalisation.*

Et, après ces explications, il est facile de relever ce qui nous éloigne ou nous rapproche des autres conceptions de la technique du droit proposées jusqu'ici, et que nous avons pu ramener à quatre [3]. — La dernière, qui confon-

---

1. Voy. ci-après : n° **199**. — Comp. Fr. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, I, Paris, 1914, p. 41 (n° **12**). — C'est au même résultat qu'aboutit, sous une autre forme, P. Vander Eycken, *Méthode positive de l'interprétation juridique*, Bruxelles et Paris, 1907. Pour cet auteur l'essence de l'interprétation juridique consiste à approfondir le but, social et pratique, des règles. Ce que nous appelons les « sources », et qu'il préfère dénommer les « éléments d'expression du droit », ne doit servir qu'à la critique des solutions obtenues par la considération du but. Voy., notamment, *op. cit.*, tit. II. L'interprétation positive, n°s **23-124**, p. 53-236.

2. Voy., ci-après, la quatrième partie (à paraître) du présent ouvrage, *Rapports entre l'élaboration scientifique et l'élaboration technique du droit positif*.

3. Voy. ci-dessus : *Science et technique*, III, Paris, 1921, n° **180**, p. 5-10.

dait la technique avec la pratique terre à terre du droit, était purement dupe d'une illusion. — Les seconde et troisième, ramenant la technique juridique à un jeu de concepts ou à la pleine systématisation du droit positif, s'expliquent par le rôle important que tiennent les éléments intellectuels dans les artifices de la jurisprudence [1], mais ont le tort de donner à ces éléments une portée exclusive, au lieu de les rattacher à la « construction » plus largement entendue. — Seule, la première conception, déjà esquissée par SAVIGNY, en voyant dans la technique la matière propre du juriste, touchait le point essentiel de la notion. Elle manquait seulement de la profondeur et du développement que j'ai cherché à y ajouter par les précisions qui précèdent [2].

184. — L'idée de la technique juridique, telle qu'elle me paraît s'imposer, au vu des réalités les plus certaines et les plus saisissantes de la jurisprudence, apparaît très nettement, bien que trop exclusivement sentie, chez un écrivain non juriste, ou, du moins, étranger aux spécialités du droit, qui se donne comme « dilettante » en toutes les matières scientifiques de nature à intéresser sa curiosité, Houston-Stewart CHAMBERLAIN. — Dans l'important et étrange travail qu'il a consacré à étudier les bases fondamentales du XIXe siècle [3], recherchant les héritages

---

1. Voy. ci-après : *Science et technique en droit privé positif*, t. III, chapitre sixième (XX). Les procédés intellectuels de la technique du droit, n^os^ **214-227**.

2. On pourra aussi rapprocher de ma conception de la technique juridique les considérations présentées par S. SCHLOSSMANN, *Der Vertrag*, Leipzig, 1876, § **45**, p. 352-356. — Comp. encore : A. LEVI, *Filosofia del diritto e tecnicismo giuridico*, Bologna, N. Zanichelli, 1920.

3. Houston-Stewart CHAMBERLAIN, *Die Grundlagen des neunzehnten Jahrhunderts*. Das XIX Jahrhundert. Band I, München, Bruckmann, 1899. Voy. notamment : Vorwort, p. VII-X. — Ouvrage traduit en français par R. GODET, sous ce titre : *La genèse du XIXe siècle*, 3e éd., Paris, 1913. Voy. avant-propos de l'auteur, p. LXVII-LXX. *Adde :* Pré-

laissés par le monde ancien à la civilisation moderne[1], il signale, à ce titre, le droit romain, et fait à Rome un mérite éminent de l'apport de son droit[2]. Or, quand il se demande comment ce droit est resté une partie essentielle de notre « *Kultur* », il juge nécessaire de remonter à la question plus générale : pourquoi ne pouvons-nous pas discourir sur la jurisprudence, si notre auditeur ne dispose pas d'une grande masse de connaissance juridique technique[3] ? Et il répond : c'est que la jurisprudence est, en soi, une technique ; ce n'est ni une science, ni un art : elle tend seulement à formuler ce qui existe, à le préciser, à le clarifier, à en enchaîner les données par une fine analyse et une adaptation aux besoins pratiques. Le droit est, comme l'État, une création humaine, artificielle, une nouvelle organisation systématique des conditions données par la nature de l'homme et par ses instincts sociaux[4]. Cela se peut comparer avec la technique du forgeron, simple méthode, procédure, artifice, à cette différence près que le droit travaille sur une matière d'esprit. Mais, en somme, le droit ne constitue pas trouvaille et découverte, c'est-à-dire science. Il n'existe qu'en tant que les hommes le font ; c'est donc bien une technique et ce n'est pas autre chose[5]. — De là, l'auteur a voulu déduire que le prétendu droit naturel est une *contradictio in adjecto*, ou, pour mieux dire, un non-sens, le droit n'étant que la volonté

---

face de la version française, p. LXII-LXIII et t. II, p. 1389-1394 (sur *le dilettantisme*).

1. H.-S. CHAMBERLAIN, *op. cit.* Erster Teil. Abschnitt, I ; — éd. R. GODET, première partie, première section.

2. H.-S. CHAMBERLAIN, *op. cit.*, p. 156 ; — éd. R. GODET, Paris, 1913, t. I, p. 211-212.

3. H.-S. CHAMBERLAIN, *op. cit.*, p. 157 ; — éd. R. GODET, Paris, 1913, t. I, p. 212.

4. H.-S. CHAMBERLAIN, *op. cit.*, p. 157-158 ; — éd. R. GODET, Paris, 1913, t. I, p. 212-213.

5. H.-S. CHAMBERLAIN, *op. cit.*, p. 158-159 ; — éd. R. GODET, Paris, 1913, t. I, p. 213-215.

arbitraire (*die Willkür*), mise au lieu et place de l'instinct dans les rapports entre les hommes [1]. Il en tire aussi — ce qui était son objectif premier — l'explication de la supériorité du droit romain, attendu que les Romains ont été particulièrement doués, pour cette technique du droit, par leur caractère moral et leur sens aiguisé de l'analyse abstraite, sans parler d'un don particulier qu'ils avaient aussi pour la configuration plastique des conceptions juridiques [2].

Assurément, on ne saurait approuver la tendance outrancière et unilatérale de ces considérations, émises « comme de chic » par un publiciste qui ne recule devant aucun paradoxe. Il est aussi excessif de dénier au droit tout caractère scientifique [3], que de rejeter le droit naturel, en méconnaissant de parti pris les principes supérieurs qui restent à la base de la volonté quand elle proclame les règles juridiques [4]. Mais, — ces réserves essentielles une fois faites, — il faut reconnaître que H.-S. CHAMBERLAIN a su merveilleusement saisir le sens et la portée de ce côté technique, qui fait du droit une discipline à part et mérite, à ce titre, notre étude attentive.

II

185. — Telle qu'elle vient d'être décrite et définie, la technique se rencontre, constamment et sous mille formes, dans l'ensemble de l'organisation juridique positive.

---

1. H.-S. CHAMBERLAIN, *op. cit.*, p. 159-163; — éd. R. GODET, Paris, p. 215-220.

2. H.-S. CHAMBERLAIN, *op. cit.*, p. 163-172. *Adde* : p. 172-186; — éd. R. GODET, Paris, 1913, t. I, p. 220-233. *Adde* : p. 233-246.

3. Comp., à cet égard : M. SCHWANN, *Chamberlain und die Rechtswissenschaft*, dans *Deutsche Juristen-Zeitung;* 1902, t. VII, p. 513-515,

4. Voy. Fr. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, t. II, 1915. — Pour la critique de cet ouvrage, cons. G. RIPERT, *Droit naturel et positivisme juridique* (Annales de la Faculté de droit d'Aix, nouvelle série, n° 1), Marseille, 1918.

Notamment, si l'on veut envisager les diverses parties de ce domaine, distinguées suivant la variété des activités qui s'y exercent, on observera, en chacune d'elles, une technique, douée de caractères propres et tendant, par des moyens spécialement adaptés, à permettre ou faciliter le jeu des fonctions qui constituent toute la vie du droit. Et, par exemple, on pourrait séparer, tout d'abord, la technique de la création du droit positif et celle de son interprétation ou de son application.

La première trouve son type le plus achevé dans la technique de l'élaboration des lois écrites, ou « technique législative »[1]. On peut y joindre une « technique coutumière », si l'on considère, qu'en affinant ses procédés, la coutume précise et limite sa force créatrice jusqu'à se constituer un cadre hiératique, qui semble jurer avec sa primitive inconsistance[2]. Et, de même, les autres sources formelles du

---

1. Cons. notamment : Fr. Geny, *La technique législative dans la codification civile moderne*, dans *Le Code civil. Livre du centenaire*, Paris, 1904, t. II, p. 989-1038. — E. Zitelmann, *Die Kunst der Gesetzgebung*, Dresden, 1904. — J. Kohler, *Technik der Gesetzgebung*, dans *Archiv für die civilistische Praxis*, 1904, t. XCVI, p. 345-375. — J.-W. Hedemann, *Ueber die Kunst gute Gesetze zu machen*, Weimar, 1911. E.-R. Bierling, *Juristische Prinzipienlehre*, Tübingen, J. C. B. Mohr, t. IV, 1911, § 58, n° 4, p. 439-441, et surtout n° 5, p. 442-454. — A. Colmo, *Tecnica legislativa del Codigo civil argentino*, Buenos-Aires, M. A. Rosas, 1917. — R. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, 1911, p. 207-213 (deuxième partie, chap. II). — Comp. H. Capitant (sur Demogue), dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1911, t. X, p. 737-738. — Voy. aussi quelques observations intéressantes d'É. Faguet, *Le culte de l'incompétence*, Paris, 1910, §§ IV-V, p. 59-85, *passim*. — *Adde* encore : G. Radbruch, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 2 A., Leipzig, 1913, p. 26-29 (Die Rechtssprache). — S. Courtenay Ilbert, *Legislative Methode and Forms*, Oxford, 1901. — Et, sur la technique législative du Code civil suisse de 1907 : M. Gmür, *Die Anwendung des Rechts nach Art. 1 des schweizerischen Zivilgesetzbuches*, Bern, Stämpfli et Cie, 1908, § 3, II, p. 26-34. *Adde :* p. 46 (§ 4, II, 2); p. 51-52 (§ 4, III, 3); p. 112 (§ 6, II, 3).

2. Cons. R. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, 1911, p. 213-214. — Comp. Fr. Geny, dans *Le Code civil. Livre du centenaire*, Paris, 1904, t. II, p. 991, texte et note 2.

droit positif, qu'on pourrait distinguer des précédentes, ne mériteraient pareil titre que moyennant des caractères artificiels, capables de les individualiser en leur assignant une configuration technique nettement marquée [1].

La technique de l'application du droit positif se manifeste elle-même avec des aspects fort divers, en raison de la diversité de ses emplois. On trouverait aisément, dans les procédés si souples et si nuancés qui réalisent pour un pays donné l'exécution directe de la loi, les éléments d'une véritable « technique administrative » [2]. Et l'examen des moyens, à l'aide desquels les tribunaux assurent l'affermissement des situations juridiques sous la garantie de formes protectrices et la sanction de la chose jugée, révèle sans peine aussi l'existence « d'une technique judiciaire » [3]. Mais surtout la pratique extrajudiciaire, avec ses mille

1. Rappr. Fr. Geny, *Méthode d'interprétation et sources*, Paris, 1899, 2e éd., 1919, troisième partie, chapitre premier, section III, nos **138-154**.

2. Voy., par exemple, sur les pratiques de l'administration postale : Fr. Geny, *Des droits sur les lettres missives étudiés principalement en vue du système postal français*, 2 vol., Paris, 1911, *passim*. — Et, sur une pratique administrative courante, en matière de dérivation de sources : A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. I[4], 1919, p. 752.

3. Comp., par exemple, en droit romain : l'*in jure cessio*, l'affranchissement *vindicta*; dans l'ancien droit français ; le *décret forcé*, en matière d'hypothèques. — Aujourd'hui encore, on se sert parfois d'un jugement pour affermir des situations équivoques (*jugements d'expédient*, certains jugements prononçant liquidation judiciaire ou faillite). — Rappr., pour un cas particulier de reconnaissance d'enfant naturel : Ed. Lévy, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1911, t. X, p. 603-615. — D'autres applications de cette « technique judiciaire », largement entendue, se rencontreraient dans les systèmes romains des *missiones in possessionem*, des stipulations prétoriennes, des interdits, des peines contre les plaideurs téméraires et dans les systèmes modernes des astreintes, des séquestres, des garanties imposées par justice, par exemple d'après Req. rej., 2 décembre 1895, *Sirey*, 96. 1. 321 (voy. le rapport et la note). — *Adde*, pour la technique de l'exécution administrative ou judiciaire, note de M. Hauriou, sous Conseil d'État, 7 novembre 1913 et 20 février 1914, *Sirey*, 1916, 3. 1. Voy. aussi note M. Hauriou, II, dans *Sirey*, 1907. 3. 65.

roueries et ses inventions sans cesse renouvelées pour adapter des règles souvent trop rigides à la souplesse mouvante et infinie de la vie [1], nous offrirait un choix abondant de ces artifices ingénieux, qui caractérisent le mieux, à mon avis, la technique juridique [2].

D'un autre point de vue, qui concerne plutôt l'interprétation du droit que son application, on peut distinguer, suivant les organes de cette élaboration, une « technique doctrinale » et une « technique jurisprudentielle » : la première cherchant à configurer les précepte ssous un aspect un peu théorique, la seconde assez divergente par ses tendances, puisqu'elle doit adapter immédiatement le droit à la vie [3].

---

1. Voy., par exemple, sur le rôle de l'endossement en blanc dans l'usage de la lettre de change : L. Lacour, *Précis de droit commercial*, Paris, Dalloz, 1912, n° **1178**, p. 689-690.

2. Je citerai, à titre d'exemples, la pratique notariale des actes de notoriété ou intitulés d'inventaire, admis pour faire preuve de la qualité d'héritier; — les constats d'huissiers. — Certaines pratiques tendent nettement à énerver les restrictions de lois gênantes : ainsi, celle qui prétend satisfaire à l'article 40 de la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés, au moyen d'un simple blanc-seing donné sans aucune précision aux administrateurs des sociétés anonymes; de même, celle qui se contente, pour l'application de l'article 1325, alinéa 3, du Code civil, de la simple mention qu'*il a été fait autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct* (sans préciser le nombre). — Comp. les pratiques tendant à modifier, par leurs exigences, l'application des lois sur les caisses d'épargne favorables aux femmes mariées, d'après Morizot-Thibault, dans *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1901-1902, t. I, p. 61-63. Des obstacles analogues sont apportés aujourd'hui, par certains hommes d'affaires, à l'application de la loi du 13 juillet 1907, relative au libre salaire de la femme mariée. Voy. M. Planiol, *Traité*, 6e et 7e éd., t. III, n° **1045**-10°, *in fine*. — Cons. aussi, en ce qui concerne la délimitation des cours d'eau navigables, note M. Hauriou, I, sous Conseil d'État, 11 juin 1909, *Sirey*, 10, 3. 113.

3. Comp. A. Esmein *(La jurisprudence et la doctrine)*, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, t. I, p. 13-14. — *Adde :* E.-H. Perreau, *Technique de la jurisprudence pour la transformation du droit privé*, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1912, t. XI, p. 609-665; et, plus récemment : *La technique jurisprudentielle en droit privé*, Paris, 1921. — On peut ajouter, à titre d'exemples, la théorie jurisprudentielle

Et si, au lieu de considérer la mise en œuvre du droit, on s'attachait à sa nature, pour en reconnaître les divers aspects suivant ses objets différents, et à la lumière des divisions traditionnelles, on pourrait discerner aussi une technique du droit privé, général ou spécial, et, à côté d'elle, une technique du droit public en ses diverses branches, droit constitutionnel, droit administratif, droit ecclésiastique, sans parler des techniques spécifiques que comportent les compartiments mixtes du système juridique, le droit criminel et le droit international pris entre autres.

186. — Mais toutes ces variétés restent dominées par l'application la plus générale de la technique du droit, constituant ce que j'appelle la « *technique juridique fondamentale* ». J'entends, par là, cet effort qui, inhérent à la formation et à l'élaboration internes du droit positif, demeure l'œuvre propre du jurisconsulte; il se traduit en ces mille involutions de l'interprétation juridique (*lato sensu*), qui tendent à assigner aux institutions des formes appropriées à leur objectif pratique, à les dépouiller d'une individualité décevante, à simplifier les complexités, à faire bon marché des nuances [1], pour permettre l'assimilation de

---

de la cause dans les libéralités adressées à des enfants adultérins ou incestueux, notamment d'après A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil*, t. II[e], 1920, p. 304 (*Adde :* J. Hamel, *La notion de cause dans les libéralités*, thèse de doct. Droit, Paris, 1919-*1920*, p. 308-323, et p. 349-385); — les solutions consacrées en matière de saisie-arrêt, suivant A. Colin et H. Capitant, *op. cit.*, t. II[e], 1920, p. 86, p. 88-89, et légalisées par la loi du 17 juillet 1907; — ou la clause d'attribution dans les partages visés par M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 7[e] éd., t. III, 1918, p. 571, note 1 (n° **2407**). — Comp. aussi M Sauzay, *Essai sur les procédés d'élaboration du droit employés par la jurisprudence française en droit civil*, thèse de doct. Droit, Lyon, 1903-*1904*. — Et encore, quoi de plus spécifiquement technique que la pratique des chèques barrés, consacrée aujourd'hui chez nous par la loi du 30 décembre 1911 ?

1. C'est ainsi que l'institution de la fente (pour l'attribution des successions *ab intestat* aux ascendants et aux collatéraux, art. 733 C. civ.) a remplacé la règle rationnelle : *paterna paternis, materna*

la substance juridique par le corps social, faire pénétrer le fond des préceptes dans le courant extérieur de la vie de l'humanité, et procurer la plus pleine réalisation du droit en conformité de la nature des hommes et des choses[1]. — Par là même, il représente la technique « la plus caractéristique, en ce sens qu'elle est indépendante de l'organisation formelle de la société et qu'elle tient au fond même de la discipline ; aussi bien, contient-elle, à vrai dire, toutes les autres. En elle se reflète au mieux la mission propre de la jurisprudence positive, qui consiste essentiellement à faire vivre la règle de droit, en assujettissant à l'ordre nécessaire les phénomènes physiques, psychologiques, moraux, politiques, économiques, par où se révèlent la nature, les tendances, les besoins, et d'où surgissent tous les conflits d'intérêts des hommes en société »[2].

C'est à la « technique juridique fondamentale », ainsi comprise, que nous voulons seulement nous arrêter, pour développer la suite de cette esquisse théorique. Et, comme elle revêt encore des aspects divers suivant l'état des civilisations et des organisations juridiques qui les accompagnent[3], — pour mieux préciser notre point de vue et limiter sciemment notre effort, — nous ne l'envisageons, ici, qu'en vue du droit français contemporain et, plus spécialement encore, dans l'ordre purement privé (civil ou commercial).

---

maternis. Cons. M. Planiol, *Traité élémentaire du droit civil*, t. III, nos **1799-1801**, 7e éd., Paris, 1918, p. 373-374.

1. Rappr. Fr. Geny, dans *Le Code civil. Livre du centenaire*, Paris, 1904, t. II, p. 902.

2. Fr. Geny *(La technique législative dans la codification civile moderne)*, dans *Le Code civil. Livre du centenaire*, Paris, 1904, t. II, p. 992.

3. Comp. Fr. Geny, dans *Le Code civil. Livre du centenaire*, Paris, 1904, t. II, p. 993-994.

CHAPITRE SECOND (XVI)

OBJET PROPRE D'UNE THÉORIE DE LA TECHNIQUE JURIDIQUE FONDAMENTALE. SON BUT. SES EXIGENCES. ÉCUEILS ET CORRECTIFS

SOMMAIRE : **187.** Théorie de la technique juridique. Aperçu général sur ses conditions essentielles.

I. — **188.** But général et objet propre de la technique juridique. — **189.** *Desiderata* d'une bonne technique juridique.

II. — **190.** Écueils et dangers de la technique juridique. — **191.** Remèdes ou correctifs de ces dangers.

187. — La reconnaissance de la technique, comme élément distinct de l'organisation juridique, n'aura de raison d'être et de portée efficace, que si l'on peut prétendre édifier une théorie de cette technique, en préciser le jeu, en diriger l'application, bref la soumettre à une sorte de canon, qui permette d'en tirer tout le parti possible[1]. Et, puisque la technique consiste tout entière en procédés[2], en moyens d'adaptation à une fin proposée, sa théorie portera principalement sur l'étude de

---

1. Comp. H. CAPITANT (sur R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*), dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1911, t. X, p. 737.

2. Sur la distinction possible de la *méthode technique* et du *mécanisme technique*, voy. R. von JHERING, *Geist des römischen Rechts*, zweiter Theil, zweite Abtheilung, 4 A. t. III, Leipzig, 1883, p. 327 (§ **38**); *Esprit du droit romain*, trad. DE MEULENAERE, 3e éd., t. III, Paris, 1887, p. 20 (§ **43**). — Comp. R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, 1911, p. 252.

ces procédés, de ces moyens, ou, du moins, de quelques-uns d'eux, qui paraîtront plus marquants et, pour ainsi dire, typiques (chapitres troisième à huitième [XVII-XXII]).

Mais, pour préparer cette étude un peu minutieuse, il paraît opportun, dans une sorte d'aperçu général, s'élevant au-dessus des applications fragmentaires, de mettre en relief le but essentiel et, par conséquent, l'objet propre de la technique juridique fondamentale, d'où se dégageront les *desiderata* qu'elle présente. A la suite, il conviendra de signaler les écueils, auxquels est exposée sa mise en œuvre et d'indiquer les moyens d'y obvier.

I

188. — Nous avons vu que la technique juridique, si elle consiste essentiellement en une activité volontaire, tendant à introduire dans la vie sociale « l'artifice », « la convention »[1], n'est pas livrée à l'arbitraire ou à la fantaisie pure, qu'elle répond à un but, puisé dans les éléments fondamentaux (scientifiques) du droit, et qu'on peut rattacher à l'idée de justice largement comprise[2]. Ce but, qui seul fixera l'objet spécifique de la technique, demande à être précisé avant tout; c'est de lui que descendront, comme des fins secondaires, les *desiderata* d'une technique pleinement adéquate à sa mission; dans sa poursuite, se révéleront les écueils qu'elle peut rencontrer et dont la connaissance suggèrera les correctifs à apporter à son jeu.

Or, si nous voulons déterminer le but le plus général et le plus essentiel de la technique du droit, d'après la

1. Voy. ci-dessus, p. 17-19 (n° **182**).

2. Voy. ci-dessus, p. 20-21 (n° **183**). = *Adde :* Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif,* II, Paris, 1915, *passim,* notamment chapitre neuvième (XIV), p. 351-422.

première notion que nous avons pu nous en faire [1], il semble que nous devions nous le représenter comme la mise en œuvre d'une matière insusceptible, dans sa consistance originaire, de répondre à sa destination pratique. — Nous l'avons constaté, en effet : les résultats de l'élaboration scientifique du droit, les principes de droit naturel ou d'économie, qu'on peut dégager par l'observation éclairée de la raison comme directeurs de la conduite sociale, sont beaucoup trop généraux, trop schématiques, trop fuyants et trop indéterminés, en même temps, dans leurs contours, pour s'insérer *utilement* au milieu de la fluidité mouvante et multiforme de la vie [2]. Seule, la technique suppléera à cette insuffisance. — Par où l'on voit qu'elle vise avant tout l'adaptation de préceptes généraux et abstraits à des fins très concrètes et très précises. Cette adaptation pourra varier comme varient les moyens d'atteindre un même objectif [3]. Son essence restera identique à elle-même, en ce qu'il s'agira toujours de mettre un ensemble de directions régulatrices au niveau des faits et circonstances qu'elles doivent saisir. — Aussi, a-t on pu dire que la technique a pour objet capital la *réalisabilité formelle* [4] ou

---

1. Voy. ci-dessus, n° **182**, p. 16-19, et p. 23 (n° **183**).

2. Voy. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, II, Paris, 1915, p. 42 (n° **177**).

3. C'est ainsi, par exemple, que le système de la loi *Cincia*, en droit romain, d'une part, l'irrévocabilité essentielle de la donation entre vifs, suivant les principes coutumiers passés dans le Code civil français de 1804, d'autre part, poursuivaient, par des voies différentes, un même but : rendre les donations plus difficiles, par conséquent plus rares, en exigeant du donateur un dépouillement entier et définitif. — Comp. J.-E. Labbé, note dans *Sirey*, et M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. III, n° **2595**, 7e éd., Paris, 1918, p. 634, texte et note 4.

4. Comp. R. von Jhering, *Geist des römischen Rechts*, erster Theil, 5 A., Leipzig, 1891, p. 48-55 (§ **4**); zweiter Theil, zweite Abtheilung, 4 A., Leipzig, 1883, § **38**, p. 322-333. *Esprit du droit romain*, trad. de Meulenaere, 3e éd., Paris, 1886-1887, t. I, p. 48-56 (§ **4**); t. III, § **44**, p. 16-26.

la *praticabilité*[1] du droit, — disons plutôt de l'ordre juridique, — pourvu qu'on entende par là non pas seulement une organisation de pure forme[2], mais une pleine mise à effet des principes directeurs de la vie sociale, et, pour ainsi dire, la préhension totale des réalités par les règles.

Cette « réalisabilité » apparaît elle-même comme une exigence de justice et de raison. Car, que serait un droit, qui resterait en principes purs, qui ne pourrait « s'actualiser » dans la vie[3]? La notion pratique de la justice implique qu'elle ait une existence effective. *Fiat justitia!* Mais, parce que ce devenir réel du droit nécessite des procédés spéciaux de réalisation, qui se distinguent des préceptes eux-mêmes et laissent une place prépondérante à l'ingéniosité du juriste, nous mettons à part la technique juridique, en lui assignant, comme but primordial et spécifique, l'adaptation des moyens à la fin, en vue d'assurer la pénétration efficace du droit dans la vie sociale[4].

Ce but, général et primaire, de la technique juridique, contient des éléments, d'importance variable et en quelque sorte secondaire, qui s'en dégagent quand on l'analyse,

---

1. R. von Jhering, *Geist,* I, t. I, 5 A., p. 51, note 19 *a* (§ **4**); II, 2, t. III, 4 A., p. 328 (§ **38**). *Esprit,* 3e éd., t. I, p. 51, note 21 (§ **4**); t. III, p. 21-22 (§ **43**). — *Der Besitzwille,* p. 147, p. 150 (§ IX). *Du rôle de la volonté dans la possession,* Paris, 1891, p. 127, p. 130 (§ IX).

2. Voy. dans ce sens, R. von Jhering, *Geist,* I, t. I, 5 A., Leipzig, 1891, p. 51-55 (§ **4**); II, 2, t. III, 4 A., Leipzig, 1883, p. 322-323 et p. 325 (§ **38**). *Esprit,* 3e éd., Paris, 1886-1887, t. I, p. 51-56 (§ **4**); t. III, p. 16-17 et p. 19 (§ **43**). — Ce point de vue est, à mon avis, trop étroit. Comp. ci-dessus, p. 7, texte et note 2 (no **180**).

3. Comp. R. von Jhering, *Geist,* II, 2, t. III, p. 322 (§ **38** *initio*) : « Das Recht ist dazu da, dasz es sich verwirkliche Die Verwirklichung ist das Leben und die Wahrheit des Rechts, ist das Recht selbst. »

4. On peut faire application facile de ces idées à la théorie de la preuve juridique, qui offre un riche champ d'action à la technique du droit. Comp. R. von Jhering, *Der Besitzwille,* Jena, 1891, § IX, p. 144-196. *Du rôle de la volonté dans la possession,* trad. de Meulenaere, Paris, 1891, § IX, p. 124-170. — Voy. aussi, plus loin, dans notre chapitre septième (XXI), section I, nos **230-239**, l'étude des présomptions.

toujours à l'aide de la raison et sous la suggestion du sentiment de justice. La mise à effet, la réalisabilité des préceptes, cela comprend, tout d'abord et dans son essence, la possibilité de leur application, au moyen d'une sorte de moulage des règles sur les situations de fait ou d'un encadrement de celles-ci dans les lignes raides d'une formule. — Mais, pour obtenir toute sa portée, cette possibilité doit se qualifier, se particulariser et, par là, acquérir plus d'efficacité, plus de valeur. Or, les qualités, les particularités désirables d'une bonne technique juridique ne se peuvent déterminer qu'en tenant compte de la nature des choses et, plus spécialement, de la nature des hommes pour qui le droit est fait[1], donc au moyen de l'observation physique et morale, appuyée d'un effort psychologique décisif.

189. — Les exigences universelles de la nature des choses nous indiquent, comme conditions d'efficacité des règles de droit, par suite comme qualités ou *desiderata* d'une bonne technique juridique : 1° la *plénitude de détermination*, consistant en ce que les règles, latentes dans les principes suggérés par la science, doivent pouvoir se prêter exactement à tous les *postulata* de la vie, voire aux circonstances imprévues qu'elle amènerait[2]; 2° la *perfection d'adaptation*, grâce à laquelle les règles se moulent exactement sur les choses et les faits, pour en saisir toutes les nuances[3]; 3° la *nécessité de réalisation*, qui fait que telle éventualité survenant doit déclancher le mécanisme et le faire jouer contre toute résistance[4].

---

1. Hermogenianus, D. I. 5, *De statu hominum*, fr. 2 : « Cum igitur hominum causa omne jus constitutum sit... ». — Comp. *Just. Instit.*, I, 3, *De jure personarum*, pr.

2. C'est ce que Ph. Heck, *Das Problem der Rechtsgewinnung* (Rede), Tübingen, 1902, p. 10, appelle : *das Ideal der vollen Bestimmtheit*.

3. Ce que Ph. Heck, *loc. cit.*, dénomme : *das Ideal der vollen Angemessenheit*.

4. Voy. encore, sur l'*adaptation* et la *sécurité* comme buts idéaux de toute organisation juridique : Ph. Heck, *Das Problem der Rechts-*

A ces qualités fondamentales, s'en ajoutent d'autres, plus raffinées, plus délicates et, en quelque sorte, de luxe, importantes cependant, si l'on veut assurer toute la portée pratique de la technique juridique : *la facilité et l'aisance du jeu,* pour empêcher l'inutilisation de mécanismes embarrassés; *sa promptitude ou sa rapidité,* pour ménager un temps toujours précieux; *son bon marché,* pour grever le moins possible les intéressés; tous ces *desiderata* se ramenant à l'idée d'une *économie d'effort*[1], qui augmentera le rendement des instruments techniques.

Si, maintenant, nous nous plaçons au point de vue de la nature des hommes, permettant d'introduire ici les considérations psychologiques, nous relèverons d'autres *desiderata* d'une technique judicieusement établie, qui, parfois, doublent les précédents, mais qui pourtant méritent d'être envisagés à part, comme répondant à des besoins plus intimes et dont chacun éprouve personnellement le sentiment. Tels sont :

La simplicité[2] ou, plus généralement, *l'économie des moyens*[3]. En effet, l'homme désire arriver au but le plus

---

gewinnung, Tübingen, 1907, p. 16-17, p. 24, p. 26, p. 34, note 1, p. 46. — *Adde :* W. Mittermaier, *Wie studiert man Rechtswissenschaft ?* Stüttgart, 1911, p. 21.

1. Sur la loi de l'économie dans le droit, cons. R. von Jhering, *L'esprit du droit romain,* 3[e] éd. de Meulenaere, t. III, Paris, 1887, p. 23-26 (§ **43**), et t. IV, 1888, §§ **66-68**, p. 235-301. — Nous en trouverons l'application, notamment dans les catégories réelles (ci-dessous, chapitre cinquième [XIX]) et dans la construction juridique par concepts (chapitre sixième [XX]).

2. Pour la simplicité de la technique du droit, voy. Fr. Geny (sur : R. Saleilles, *De la déclaration de volonté,* Paris, 1901), dans *Annales de droit commercial,* 1901, t. XV-I, p. 337-338.

3. Cette tendance à l'*économie des moyens* rend compte d'une disposition, telle que celle de l'article 2108 du Code civil, qui attache à la transcription l'effet de conserver le privilège du vendeur d'immeubles. Même procédé dans la loi du 13 février 1889 (art. 9, al. 3, de la loi du 23 mars 1855, ainsi complété), qui, consacrant une pratique antérieure, mais jusque-là discutée, fait servir la transcription de l'aliénation d'un immeuble, grevé de l'hypothèque légale de la

directement possible. Évidemment, il y a là, pour lui, un signe de perfection, de succès[1].

La logique ou *la cohérence rationnelle des procédés*[2], grâce à quoi ceux-ci s'agencent entre eux et fonctionnent harmonieusement, de façon à satisfaire l'esprit, qui, par suite, retrouve plus aisément l'ensemble des pièces dont une seule lui est offerte et les met en mouvement d'une façon spontanée en suivant sa propre nature.

La sécurité des résultats[3], *desideratum* naturel de l'homme et socialement précieux, en ce qu'il favorise l'effort, en lui fournissant une assiette solide. Pour que se poursuive avec succès la vie sociale, il faut que chacun sache à quoi s'attendre. Ce qui implique, entre autres conséquences, *la stabilité des situations acquises* et *la prévisibilité des effets*.

---

femme, à la publicité de la renonciation à cette hypothèque, au profit de l'acquéreur, incluse en la même aliénation. — C'est par l'idée *d'économie des moyens*, que s'expliquent aussi certaines décisions de notre jurisprudence française, comme celle qui fait survivre, au profit des créanciers héréditaires et des légataires, la séparation des patrimoines, issue du bénéfice d'inventaire, à la déchéance de celui-ci, celle qui répute vacante une succession à laquelle les successibles premiers en rang ont renoncé, sans attendre la décision des autres, et encore celle qui maintient dans le droit actuel la maxime ancienne : *Quæ temporalia ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum,* pour dispenser le bénéficiaire d'une nullité d'avoir à prendre l'initiative de l'attaque.

1. Comp. E. Picard (*L'histoire des sciences et les prétentions de la science allemande*), dans *Revue des Deux-Mondes*, n° du 1er juillet 1915, sixième période, t. XXVIII, p. 70 : « Rappelons-nous aussi le rôle qu'a dû jouer dans l'élaboration du sens commun le principe de simplicité ; il y a là une notion aussi féconde que vague, par laquelle nous nous laissons guider, et qui tend à produire en nous un sentiment de certitude. »

2. A laquelle visent toutes les théories juridiques.

3. L. Bendix, *Das Problem der Rechtssicherheit,* zur Einführung des Relativismus in die Rechtsanwendungslehre, Berlin, 1914, montre la relativité et l'irrationnalité dans l'application du droit et prétend en tirer de nombreuses conséquences pratiques. S'il aboutit ainsi à établir la difficulté de la solution du problème de la sécurité du droit, il n'en justifie que mieux la nécessité de l'envisager pour chercher à vaincre cette difficulté.

Voilà quelques-unes des qualités, qui constituent une bonne technique du droit. Ce ne sont pas les seules. Et, sans parler de celles qui présentent un caractère moral et se rattachent au fond plus qu'à la forme, telles que *l'uniformité d'application* répondant au sentiment d'égalité, on en trouverait aisément d'autres, suivant le critérium de la plus grande perfection possible, dans cette *réalisabilité du droit,* qui forme l'objet propre de la technique juridique.

Il convient d'ajouter encore que tous les *desiderata* envisagés ici ne seront pas toujours pleinement satisfaits; que parfois, d'ailleurs, ils se contrarient; qu'en tout cas, ils comportent un emploi fort variable; que tantôt l'un sera négligé, tandis qu'on appuiera sur un autre; tantôt ils se combineront à doses inégales, tantôt encore la consécration de l'un entraînera sacrifice de l'autre.

En tout cas, ces indications suffisent à montrer que la technique du droit répond à des besoins divers, tous de pratique, et qui, tous, convergent autour de son but général et essentiel.

II

190. — Il est aisé maintenant de pressentir à quels écueils est exposée la technique juridique, ou quels dangers menacent sa mise en œuvre.

Leur germe réside dans la difficulté qu'il y a à faire concorder deux éléments d'ordres aussi divers que la nature des choses vivante, essentiellement fluide, souple, malléable, insaisissable à vrai dire, et l'artifice rigide, ferme, hiératique, aux angles aigus et aux parois abruptes[1]. — Enfermer en un moule, ainsi préformé, une

---

1. Comp., sur le danger du mécanisme raide au regard du mouvement naturel et progressif de la vie, les belles pensées exprimées par H. Bergson (Discours à la séance publique annuelle du samedi 12 décembre 1914), dans *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques.* Compte rendu, 1915-1°, t. 83, p. 140-141 et p. 148-149.

matière aussi subtile, n'est-ce pas risquer de priver celle-ci de ses qualités les plus essentielles? N'est-il pas à craindre que la forme n'emporte le fond, que les moyens ne débordent et n'étouffent la fin, plus concrètement encore, que l'organisme délicat de la justice ne soit écrasé et meurtri sous cette armature qui devait en assurer l'action?

Les périls de cette contradiction redoutable, qui tend, en somme, à faire prévaloir la technique sur la science, se précisent encore, grâce à une analyse rationnelle appuyée sur l'observation des faits, et dont les principaux résultats peuvent être relevés en quelques traits, qui développeront notre formule générale[1].

Trop souvent, le jurisconsulte technicien oublie les principes supérieurs pour les artifices de construction[2], voire même les réalités de la vie pour les fictions de métier[3].

Pénétré de l'importance de ses formules, il les substitue volontiers à la considération objective des intérêts en présence, comme il fait prévaloir les concepts sur les choses et pratique la déduction, outrancièrement logique, de préférence à une appréciation individuelle et pondérée des cas[4].

---

1. Rappr. de ce qui va suivre : Fr. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899, 2e éd. 1919, première partie, chapitre second, nos **60-82**. — L. Michoud, *La théorie de la personnalité morale*, t. I, Paris, 1906, p. 8-9 (no **3**).

2. Cons. notamment : E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, thèse de doct. Droit, Dijon, 1911-*1912*, p. 116-118.

3. Cons. E. Gounot, *op. cit.*, p. 12-13. Comp. p. 215-220.

4. A cet écueil s'aheurte même une école fort intéressante, qui, après avoir décrit, jugements en mains, les mouvements de jurisprudence, prétend en enfermer les conclusions en des formules nettement arrêtées, dont le défaut principal est de soumettre, à l'opinion subjective des interprètes, les solutions les plus objectives, issues de la vie juridique. — Voy., en faveur de cette école : E. Bartin, sur A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. I, Paris, 1914, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1914, t. XIII, p. 75-76; et, pour son application, cons. M. Picard et A. Prudhomme, *De la résolution judiciaire pour inexécution des obligations*, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1912, t. XI, p. 61-109, surtout

Ainsi, la technique, — visant un but, exclusif et trop précis, par des moyens où l'artifice supplante et domine la nature, — durcit et fige le droit, qui, pour répondre à son but ultime, devrait rester mobile et épouser les contours des faits et circonstances [1]. C'est ce qu'on observe déjà, quand on oppose la rigidité de la loi écrite (procédé technique, au premier chef) à la mollesse des situations juridiques, si variées, que nous offre la vie sociale. Et le même défaut se manifeste, à chaque instant, dans les constructions artificielles, qui prétendent suppléer à l'imprécision des préceptes de justice [2].

En même temps, la technique simplifie à l'excès un ensemble de choses essentiellement et nécessairement complexe. Aussi a-t-on pu observer l'insuffisance des catégories, au regard des besoins réels de la vie juridique, comme la manifestaient à Rome les théories étroites des sources d'obligations (contrats, délits, *variæ causarum figuræ*), comme en témoigne encore notre système de contrats « nommés », en face de la richesse inépuisable du principe de la volonté autonome [3].

Par suite, et comme elle transforme la vie mouvante et multiforme en un mécanisme raide et réduit à quelques rouages élémentaires, la technique tendrait aisément à faire dégénérer le droit, qui est action incessamment progressive, en une routine stérile, dont la paperasserie des administrations fournit le modèle achevé.

---

p. 103-109. — *Adde :* A. PRUDHOMME, *La loi territoriale et les traités diplomatiques devant les juridictions des États contractants*, thèse de doct. Droit, Paris, 1909-*1910*, principalement la deuxième partie. — M. PICARD, *De la commune renommée dans ses rapports avec la théorie des preuves*, thèse de doct. Droit, Paris, 1910-*1911*, notamment : deuxième partie, p. 115-152.

1. Cons. notamment : E. GOUNOT, *op. cit.*, p. 360, note 1.

2. Cons. ici : R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, 1911, p. 203-204.

3. Cons. E. GOUNOT, *op. cit.*, p. 201-205 ; — et comp. ci-dessous, n^os^ **209-210**.

Poussée à l'extrême, elle pourrait même contredire les réalités à force de les dénaturer, pervertir chez le peuple le sentiment du droit, bien plus, en venir à outrager le droit lui-même, sous prétexte d'en assurer l'exécution. Et de là ne pourrait sortir qu'une condamnation définitive de la technique juridique[1].

191. — Dans une certaine mesure, pareils inconvénients sont inévitables et le péril dont ils nous menacent ne peut pas être absolument conjuré, parce qu'il tient à une discordance externe, très accusée, entre les deux éléments indispensables de toute organisation juridique. — Nous verrons même plus tard quels conflits violents peuvent surgir, sur un terrain très positif, de cette opposition, qui semble parfois irréductible, et nous aurons à chercher les moyens de les apaiser, sinon de les faire totalement disparaître[2].

Ici, où il ne peut s'agir que de signaler les remèdes généraux que comportent les dangers reconnus[3], il suffira d'observer que la discordance annoncée ne saurait être foncière et qu'elle doit s'adoucir au moyen d'une idée plus générale, qui domine à la fois les deux forces en présence, les principes scientifiques du juste objectif et les moyens techniques de leur réalisation. — C'est que la technique ne serait pas aussi rigide, aussi abrupte qu'on la présente, et que, puisqu'elle apparaît comme nécessaire pour mettre efficacement en œuvre la justice, celle-ci comporterait donc, de sa nature, certaines exigences de régularité et de précision[4], qui correspondraient assez bien aux caractères propres de la technique du droit[5]. De sorte que, d'une part,

---

1. Sur tout cela, comp. H. Capitant (sur R. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé)*, dans *Revue trimestrielle du droit civil*, 1911, t. X, p. 737.

2. Voy. ci-après la quatrième partie de ce travail.

3. Voy. plus haut, nº **190**, p. 39-42.

4. Ne dit-on pas : « raide comme la justice » ?

5. Comp. ci-dessus, nºs **188-189**, p. 33-39.

en reconnaissant cette raideur relative de la justice, prise en soi, d'autre part, en inclinant, au besoin, la technique, on arrive à la conciliation nécessaire, qui s'opère par l'impossibilité même de pousser jusqu'à l'extrême les tendances rivales, ainsi qu'il advient en maintes antinomies du monde et de la vie. — Et comme, au fond, les principes scientifiques de la justice doivent dominer les procédés techniques qui les mettent en œuvre, en cas de conflit irréductible, il faudrait faire plier la technique plutôt que sacrifier la science. Finalement donc, dans cette question d'équilibre, de doigté, que suscite l'application effective du droit positif, c'est à l'assouplissement de la technique que nous aboutissons comme direction générale.

Par suite, le remède aux dangers signalés plus haut serait principalement en nous. Connaissant l'infirmité de la technique, il nous appartient, dans le maniement de ses procédés, d'en éviter les abus, de corriger les tendances empiriques, vers lesquelles elle penche, par la considération de l'élément scientifique qui la régit, de rectifier les résultats de l'analyse abstraite où elle s'épuise par les efforts d'une constante intuition des réalités, de redresser les conclusions rigides, auxquelles l'entraînent l'idéologie et la logique, au moyen d'un sentiment profond des nuances infinies de l'équité [1].

Ainsi, nous ne perdrons jamais de vue, ni les principes supérieurs de justice, qui forment le contenu substantiel des instruments logiques, ni les intérêts concrets, en dehors

---

1. Comp., sur tout ce qui suit : Fr. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899, 2e éd., 1919, n° **158** ; *adde :* nos **68** et **79-81**. — L. Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, t. I, Paris, 1906, nos **3-5**, p. 8-15. — H. Capitant (sur : R. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*), dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1911, t. X, p. 737, note 1. — E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté*, thèse de doct. Droit, Dijon, 1911-*1912*, p. 12-13. *Adde :* p. 116-118, p. 201-205, p. 215-220, p. 360, note 1.

desquels les abstractions de l'esprit restent décharnées et sans vie.

Nous maintiendrons la souplesse nécessaire des solutions juridiques contre la raideur des éléments constructifs, en inclinant au besoin ceux-ci vers les besoins qu'ils doivent satisfaire.

Nous chercherons à tenir compte de la variété et de la complexité des choses, en multipliant les analyses et en éludant les attraits d'une simplicité décevante.

Loin de prétendre à une rigueur mathématique, nous n'aspirerons qu'à des *réalisations approximatives,* basées sur ces statistiques moyennes, dont R. von Jhering nous a présenté de précieux exemples [1].

Nous rapprocherons constamment l'artifice de la réalité, au moyen d'une souple adaptation, qui arrivera à faire coïncider ces deux pôles distincts de l'activité du juriste.

Par-dessus tout, nous nous souviendrons que l'objet suprême du droit reste toujours la consécration positive de la justice, et que ce n'est qu'en vue d'une mise en œuvre plus pleine de celle-ci, que nous introduisons ici la technique; de telle sorte que, sous l'opposition apparente de deux principes distincts, se révèle, comme élément capital d'unification, la nécessité de faire prévaloir l'ordre suprême dans la société des hommes [2].

---

1. R. von Jhering, *Der Besitzwille,* Jena, 1889, p. 147-150, p. 159-162 et p. 170-173. *Du rôle de la volonté dans la possession,* trad. de Meulenaere, Paris, 1891, p. 127-130, p. 137-140 et p. 147-149.

2. « La justice est la splendeur de l'ordre », répètent les scolastiques, après Platon.

CHAPITRE TROISIÈME (XVII)

APERÇU DES PRINCIPAUX PROCÉDÉS DE LA TECHNIQUE JURIDIQUE. LA RÉDUCTION DES ÉLÉMENTS SUBSTANTIELS DU DROIT. LES SOURCES FORMELLES DU DROIT POSITIF

192. — Munis des idées générales, qui dominent de haut l'édifice de la technique juridique, nous pouvons maintenant aborder ses parties essentielles, en étudiant, de plus près, les procédés qui la constituent : c'est le fond même de notre sujet [1].

A vrai dire, aussi, il y a là une matière extrêmement vaste. Suivant la notion très large, qui nous a paru s'imposer pour embrasser pleinement la technique juridique [2],

---

1. Voy. ci-dessus, p. 32-33 (n° **187**).
2. Voy. ci-dessus, n^os^ **182-183,** p. 16-24.

celle-ci se rencontre, à chaque pas et sous mille formes, dans l'élaboration du droit.

Par suite, les procédés en sont infinis [1]. Et leur étude minutieuse est pour nous faire entrer dans les involutions, les plus variées et les plus complexes, du droit positif, principalement du droit civil [2].

Semblable étude déborderait tout à fait le cadre du présent travail. L'effort théorique, que nous nous sommes proposé [3], demande seulement qu'on distingue les directions fondamentales de la technique juridique, pour en relever les traits généraux. — Même ainsi réduite, la tâche m'apparaît comme au-dessus de nos ressources actuelles. Ce serait un immense labeur, et sans doute quelque peu prématuré, de viser aujourd'hui à présenter une classification, exhaustive et définitive, de tous les moyens de la technique du droit. Cette œuvre ne pourra se réaliser qu'à la longue, et une fois arrêtés quelques points d'appui fermes et dominateurs capables d'assurer la recherche détaillée.

Actuellement donc, je me contenterai de discerner, entre ceux qui contribuent à la mise en œuvre du droit privé, plusieurs groupes de procédés techniques, émergeant à la surface de l'océan immense des règles juridiques, pour arriver à en dégager les caractères saillants, en faire aper-

---

1. Voy. ci-dessus, p. 27-29 (nº **185**). — On pourrait signaler encore le système des pénalités, destinées à assurer la mise en œuvre de certaines institutions civiles. Ex. dans les art. 50, 51, 53, 76-9°, 192, 193, 1394, al. 2, C. civ. français et dans l'art. 4 de la loi du 23 mars 1855.

2. On en trouverait une application intéressante, bien qu'un peu confuse, dans les développements consacrés par L. Brütt, *Die Kunst der Rechtsanwendung*, Berlin, J. Guttentag, 1907, p. 187-198 (§ **11**), à des cas, où le droit juste (*das richtige Recht*) se trouve tenu en échec par des considérations d'ordre politique ou par les exigences d'une simplification analytique de la situation de fait donnant lieu à l'application du droit. — *Adde : ibid.*, p. 212-213 (§ **12**, nº 8).

3. Voy. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, Paris, 1914, notamment : *Introduction*, nºs **1-6**, p. 1-21. — *Adde :* nºs **12**, p. 39-41 ; nºs **32-34**, p. 95-100.

cevoir à grands traits le fonctionnement et signaler les exigences intimes de leur réussite. — Avant tout, il importe d'entrevoir, parmi eux, certains signes généraux de groupement, de reconnaître leur enchaînement historique, et de retenir les procédés techniques qui demeurent les plus vivants dans le droit moderne. Ce sera l'objet principal du présent chapitre. — En même temps, je voudrais signaler dès maintenant, pour les éliminer de la suite de notre étude, deux séries générales de moyens, qui méritent d'être placées à part, parce qu'elles forment comme une double contexture de la technique juridique, l'une interne : *la réduction des éléments substantiels du droit ;* l'autre externe : *les sources formelles du droit positif.*

I

193. — La division le plus aisément saisissable qui nous apparaisse ici nous fait, ce semble, reconnaître : d'une part, des procédés, en quelque sorte matériels, à tout le moins plastiques, qui répondent à peu près à l'idée la plus large de ce que le droit comprend sous le nom de « formes », c'est-à-dire des éléments d'extériorisation qui tendent à frapper les sens, et, par ce moyen, assurent la fermeté et la précision aux faits ou actes donnant lieu à réglementation juridique ; d'autre part, des procédés, d'ordre plutôt intellectuel, saisissant les réalités de la vie du droit par les concepts qui les représentent à l'esprit et, grâce à une élaboration méthodique de ces concepts, produisant une mise en œuvre féconde des préceptes généraux du droit.

De ces deux grandes catégories de moyens de la technique juridique, la première paraît limitée par sa matérialité même ; elle ne saurait excéder le cadre, un peu étroit, qu'impose à l'invention humaine le « fini » des éléments sensibles ; l'autre, plongeant ses racines dans les sources presque inépuisables de l'intelligence créatrice, offre plus de variétés et de ressources à la formation et à

la combinaison des procédés. Et l'on voit ceux-ci s'épanouir et se développer en elle sous les aspects les plus riches : concepts, constructions juridiques, terminologie et phraséologie, présomptions ou fictions.

Au surplus, la distinction, ci-dessus esquissée, n'a la prétention d'être ni tranchée, ni exhaustive. Certains procédés de la technique juridique ne mettent en œuvre la plasticité de la vie sociale, que grâce à un effort de l'esprit : tel, entre autres, le procédé des catégories, qui vient suppléer à l'insuffisance des formes proprement dites [1]. D'un autre côté, il semble bien qu'une place à part doive être faite aux sources formelles du droit positif, loi, coutume, autorité ou tradition (?), qui, sans employer, exclusivement du moins, le moyen de la « forme », ni se réduire à de simples efforts de pensée, constituent depuis longtemps, et plus que jamais à l'heure actuelle, un type éminent d'instruments techniques de mise à effet du droit positif [2].

Enfin — et sans entrer pour l'instant en plus amples détails — la technique juridique agit aussi fort souvent au moyen de cette simplification directe des éléments substantiels de la règle de droit, par où la raison commune, éclairée de l'expérience usuelle, obtient, indépendamment de toute intervention, soit plastique, soit proprement intellectuelle, une exacte adaptation des préceptes à la vie [3].

194. — Tous ces procédés présentent un caractère commun, qui correspond à la notion de technique juridique, telle qu'elle a été déterminée plus haut [4]. Ils tendent toujours à enfermer la vie sociale, infiniment variée, molle

---

1. Voy. ci-après, chapitre cinquième (XIX), n^{os} **207-213.**
2. Voy. ci-après, n^{os} **199-201.**
3. Voy. ci-après, n^{os} **196-198.**
4. Voy. ci-dessus, n^{os} **182-183,** p. 16-24.

et fuyante, en des moules, préformés par l'homme, qui l'assujettissent à la contrainte inhérente à l'idée de droit. — Mais ce résultat général, où s'absorbe presque la simplification des règles, signalée en dernier lieu comme le résumé de toute élaboration technique [1], a été réalisé de façons différentes, suivant les époques. — Et, bien que ses procédés principaux, tels qu'ils viennent d'être distingués par l'analyse [2], aient été constamment juxtaposés, voire entremêlés, on peut, si l'on essaie de saisir à peu près leur succession chronologique, en reconnaître, comme il suit, dans l'histoire du droit, seule approximativement connue de nous, celle du droit romain, quelques courants dominateurs.

Primitivement, quand les lois sont, sinon inconnues, du moins rares et fragmentaires, plus exactement, lorsque les sources formelles du droit positif restent mal fixées ou n'embrassent que des portions restreintes de la vie juridique, le formalisme, proprement dit, domine comme procédé technique. — Il s'agit, principalement, alors, d'un formalisme matériel, pleinement plastique, de celui qu'on a pu qualifier : *formalisme esthético-symbolique* ou *formalisme des mœurs* [3]. En lui se résume, à peu près (avec pourtant déjà une certaine influence des sources formelles), le formalisme du droit romain ancien, tel que nous l'a décrit R. von Jhering [4], en le complétant par quelques prolongements qui se ressentent d'un stade plus avancé.

---

1. Voy. ci-dessus, p. 48 (nº **193**), et ci-après, nºˢ **196-198**, p. 52-81 *bis*.

2. Voy. nº **193**, p. 47-48.

3. Voy., par exemple : Th. Sternberg, *Allgemeine Rechtslehre*, Leipzig, Göschen, 1904, t. I, p. 58-60; passage reproduit dans *Einführung in die Rechtswissenschaft* (du même auteur). I, Methoden-und Quellenlehre, Leipzig, Göschen, 1912, p. 47-48.

4. R. von Jhering, *Geist des römischen Rechts*, zweiter Theil, zweite Abtheilung, 4 A., Leipzig, 1883, §§ **45-47** *d*, p. 470-674 ; comp. §§ **43-44**, p. 420-470. *Esprit du droit romain*, trad. de Meulenaere,

A une époque ultérieure s'épanouira un formalisme nouveau, plus intellectuel que matériel [1]. — Mais on peut signaler, à titre d'intermédiaire, un développement tendant à la surabondance des sources formelles du droit, surtout de la loi écrite. Ce second stade, largement commencé chez les Romains, ne devait atteindre son paroxysme que chez les modernes, grâce à une notion, pleinement exhaustive, et, au fond, erronée, de la codification [2]. — A ce point, il arrivait à arrêter le progrès d'un troisième stade, également ébauché à Rome, mais qui devait plus tard être discrédité par les excès de doctrines (École du droit de la nature et des gens), tendant à ruiner l'idée technique elle-même.

En effet, les sources formelles ne sauraient suffire aux besoins de la technique juridique. A mesure qu'elle se dégage du formalisme primitif, tout en solennités et en symboles, celle-ci vise à constituer des catégories, au moyen des éléments intrinsèques des faits et circonstances, qui donnent lieu aux règles du droit, et qu'on spécifiera, *ne varientur*, comme conditions essentielles d'un effet non moins nettement précisé. — C'est le germe d'un nouveau formalisme, parfois dénommé *formalisme logique* ou *formalisme du droit* [3], lequel, prenant appui sur le côté intellectuel des institutions juridiques, en vue de le féconder au moyen d'abstractions et de généralisations, procédera bientôt par concepts et par constructions, se servira de la terminologie et de la phraséologie, pour arrêter les contours des entités juridiques, et complétera son édifice théorique

---

t. III, 3e éd., Paris, 1887, §§ **50-57**, p. 162-366; comp. §§ **48-49**, p. 112-162.

1. Voy. ci-après: p. 50 (nº **194**).

2. Comp. ici: Fr. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899, 2e éd., 1919, nos **37-42**. *Adde :* nos **43-59.**

3. Th. Sternberg, *Allgemeine Rechtslehre*, Leipzig, Göschen, 1904, t. I, p. 59-60, et, pour tout le développement sur le formalisme, p. 57-61; — passages reproduits dans *Einführung in die Rechtswissenschaft* (du même auteur). I, Methoden-und Quellenlehre, Leipzig, Göschen, 1912, p. 48 et p. 46-50.

avec des pièces plus artificielles encore, comme les présomptions ou les fictions de droit[1].

195. — Mais, sans insister davantage sur un *processus* historique, qui ne peut être pressenti qu'avec beaucoup d'incertitudes et de réserves, il s'agirait surtout de savoir quelles sont aujourd'hui les principales sortes de procédés techniques dont l'étude sommaire puisse nous offrir une image, suffisamment représentative, de cette face de l'élaboration juridique, à l'époque actuelle. — En somme, celles que le droit romain a connues se retrouvent encore dans notre système de droit moderne. Elles ont pu seulement changer quelque peu de valeur, et surtout leur importance respective s'est notablement modifiée.

Comme il ne saurait être question, ici, que de faire un choix entre les instruments variés d'interprétation juridique, qui répondent, de plus ou moins près, à la notion générale de la technique du droit[2], il nous suffira de relever, comme très vivaces encore, bien que sous leur couleur propre, dans le droit contemporain : 1° l'emploi des sources formelles du droit positif ; 2° le procédé de réduction par simplification des éléments substantiels des règles juridiques ; 3° le formalisme proprement dit, dont l'application, d'ailleurs réduite, a pris chez les modernes un aspect nouveau ; 4° le procédé des catégories, qui, en dépit de principes en apparence contraires, a conservé chez nous une importance notable ; 5° les procédés proprement intellectuels, aboutissant aux « constructions juridiques », par l'analyse et l'agencement des concepts, qui se poursuivent

---

1. A ce troisième stade se réfèrent les développements de R. von Jhering, *Geist des römischen Rechts*, zweiter Theil, zweite Abtheilung, 4 A., Leipzig, 1883, §§ **39-41**, p. 334-389 ; comp. dritter Theil, erste Abtheilung, 4 A., Leipzig, 1888, §§ **48-58**, p. 1-310. *Esprit du droit romain*, trad. de Meulenaere, t. III, Paris, 1887, §§ **44-46**, p. 26-89 ; comp. t. IV, 1888, §§ **58-68**, p. 1-301.
2. Voy. ci-dessus, nos **182-183**, p. 16-24.

sous une logique serrée; 6° les moyens, tirés de la terminologie ou de la phraséologie, pour rendre plus fermes et plus cohérentes les idées, trop souvent inconsistantes ou floues; 7° les présomptions et les fictions, visant à vaincre les difficultés, voire les impossibilités apparentes, des faits, par la seule force du précepte juridique. — Tous ces modes d'élaboration ne sont pas de pure technique. Mais c'est assez que celle-ci y prédomine pour que nous les envisagions à cette place, en cherchant surtout à préciser leur influence sur la mise en œuvre et, particulièrement, sur l'interprétation du droit.

Parmi ces variétés, déjà nombreuses et bien incomplètes encore, de procédés techniques, je mets à part les deux premières, dont l'importance est grande, mais qui ressortissent d'un domaine plus élevé et qu'on peut considérer comme les instruments généraux de toute l'élaboration technique. Quelques considérations à leur sujet me paraissent suffire à l'objet propre de cette étude (ci-après, n°s **196-201**).

D'autre part, je rapprocherai le formalisme et les catégories comme constituant ensemble des procédés plastiques de la technique du droit (chapitres quatrième [XVIII] et cinquième [XIX] ci-après). Je leur opposerai les procédés intellectuels de la même technique, qui jouent, de nos jours, un rôle plus important encore (chapitre sixième [XX] ci-après). La terminologie et la phraséologie juridiques prêteront également à quelques développements spéciaux (chapitre huitième [XXII] ci-après). Et il conviendra d'envisager aussi, comme des éléments distincts de l'élaboration technique, les présomptions et les fictions (chapitre septième [XXI] ci-après).

II

196. — Le procédé, le plus général, de la technique du droit, celui qui domine et absorbe tous les autres, à tel point qu'il représente, à lui seul, ce que j'ai appelé la

contexture interne de l'élaboration technique [1], et qu'il est moins un instrument spécial que le résultat de plusieurs moyens convergeant vers un même but, consiste en une réduction, à la fois spontanée et réfléchie, des éléments substantiels du droit.

En effet, tous les efforts de l'élaboration scientifique, ussent-ils poussés jusqu'aux détails, que provoquent les ombinaisons infinies des points de vue généraux, ne ourniront jamais que des directions vagues et floues, des ébauches de solution, des propositions s'adressant à l'intelligence plutôt que des injonctions tendant à entraîner la volonté [2]. — Pour que, de là, surgissent des règles capables de maîtriser efficacement la conduite de l'homme dans le for extérieur et avec sanction de contrainte [3], il y faut une précision catégorique. Celle-ci s'obtient en dégageant les arêtes vives des réalités sociales, de façon à leur donner des contours définis, qui les fixent et en fassent des cadres fermes pour la vie [4]. Pareil résultat implique une procédure d'élimination, de criblage, voire même de filtrage, qui réduira les éléments, infiniment divers et enchevêtrés, des directions fournies par l'élaboration scientifique du droit, pour les faire passer d'une complexité évolutive, traduisant les aspects insaisissables de la nature vivante, à la simplicité, quelque peu mécanique, que requiert toute discipline pratique. — Et, sans doute, dans ce travail d'affi-

1. Voy. ci-dessus, p. 47 (n° **192**, *in fine*).

2. Voy. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, II, Paris, 1915, *passim*, notamment chapitre neuvième (XIV), p. 351-422. — Sur l'importance de la volonté, pour assurer la fermeté et la stabilité du droit, voy. R. von Jhering, *Geist*, I, 5 A., Leipzig, 1891, p. 332-334 (§ **20**). *Esprit*, trad. de Meulenaere, 3e éd., t. I, 1886, p. 326-328 (§ **24**).

3. Voy. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, I, Paris, 1914, n° **16**, p. 47-52.

4. Comp. Fr. Geny (*La technique législative dans la codification civile moderne*), dans : *Le Code civil. Livre du centenaire*, Paris, 1904, p. 992-993 (t. II). — *Adde* ci-dessus : nos **182-184**, p. 16-26 et ci-après : nos **207-213**.

nement et d'ajustage tomberont quelques-uns des traits par où s'exprimait la pleine réalité des choses. A ce prix seulement, on arrivera à posséder la règle de droit, bonne pour la vie, que postule et poursuit l'effort technique.

Pour en offrir de suite un exemple général et saisissant, il suffit de considérer comment se règle, en droit positif, le problème de la détermination des successibles *ab intestat*[1]. — Ce problème est dominé par des données très complexes, convergeant autour de deux idées capitales : d'une part, pour satisfaire la volonté probable du défunt, dont le principe même de la succession consacre la propriété jusqu'à son extrême limite, il convient de suivre l'ordre présumé des affections naturelles, qui représente, d'un point de vue abstrait, l'inspiration moyenne des personnes décédées sans testament ; d'autre part, pour sauvegarder certains principes essentiels intéressant la constitution sociale elle-même, et supérieurs à l'idée de la disposition individuelle reconnue au delà de la vie des titulaires, entre autres le principe de la conservation des biens dans la famille légitimement constituée sur la base de la génération issue du mariage, en vue d'en assurer la force et la permanence, il est nécessaire de tempérer les directions, fournies par la suggestion des sentiments naturels, au moyen de règles répondant à des conceptions impératives, tirées de la morale sociale, de la politique, de l'économie (par exemple : égalité ou inégalité des héritiers ; faveur ou défaveur des jeunes générations ; morcellement ou condensation des fortunes[2]). — Mais, si l'on se bornait à consacrer ces idées sous leur forme primordiale, les pénétrât-on aussi profondément qu'il soit possible, et développât-on leurs conséquences jusqu'aux détails les plus menus, qui

1. Rappr. Fr. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, t. I, Paris, Tenin, 1914, p. 115-117 (n° **41**).

2. Comp. E. Vallier, *Le fondement du droit successoral en droit français*, thèse de doct. Droit, Paris, *1902*-1903.

tomberaient sous les prises de la raison ou du sentiment, on préparerait, très judicieusement et très complètement peut-être, les bases scientifiques d'un ordre successoral *ab intestat* conforme, je le veux bien, à toutes les exigences de l'idéal législatif d'un pays et d'un moment donnés, on n'aurait pas avec cela un système juridique, techniquement organisé, susceptible d'entrer dans la pratique de la vie sociale. — Pour arriver à celui-ci, il faut, avant tout, réduire en éléments simples, et accessibles à une préhension presque mécanique, les considérations, subtiles et compliquées, qui représentent les données, proprement dites, du problème. C'est ainsi, notamment, que l'ordre présumé des affections du défunt se réalisera en une hiérarchie de parents, très précisément fixée d'après les notions purement quantitatives de lignes, d'ordres, de degrés, et, venant brocher sur le tout, de la représentation, à l'effet de succéder, cantonnée en de fort étroites limites. D'un autre côté, une idée, comme celle qui tend à maintenir dans l'hérédité la cohésion d'une solide famille légitime, se traduira, tant dans les cas strictement réglementés de succession anomale (art. 351-352, 747, 766 C. civ. français), que par la restriction, à une fraction arithmétiquement chiffrée, des parts successorales de l'enfant naturel (art. 758-760 C. civ. français, modifiés par L. 25 mars 1896) ; sans parler des dispositions, aggravant délibérément cette dernière infériorité, comme celles de l'article 337, des anciens articles 761, 769 et 908 du Code civil de 1804, même encore, pour partie, de l'article 908 actuel (texte de L. 25 mars 1896). Et, quand il y aura lieu de concilier la part faite à l'affection la plus légitime du défunt avec les exigences familiales auxquelles elle se heurte, on verra, notamment pour la détermination des droits successoraux du conjoint survivant, toute une combinaison de dispositions, qui aboutissent à couler des idées morales ou économiques dans un moule strictement juridique, consistant tout entier en un équilibre de droits et de charges, par où s'exprime positi-

vement l'estimation faite des intérêts en présence[1] (art. 767 C. civ. français modifié par L. 9 mars 1891). — Pareille préoccupation s'impose à tel point, qu'on rencontrera parfois, dans la succession historique des règles, une inversion complète des procédés techniques, en vue de réaliser, de façon moins pleine mais plus pratique, une même idée générale. C'est ce qui a permis d'observer que la règle de la fente, telle que la consacre le Code civil de 1804 pour les successions déférées à des ascendants et à des collatéraux (art. 733-734, 746, 752-754 C. civ. français), tend encore, sous la forme d'un forfait simpliste et quelque peu brutal, à satisfaire le désir de la conservation des biens à la famille, que notre ancien droit coutumier assurait plus directement, mais au prix de recherches d'origine souvent délicates, par la règle *paterna paternis, materna maternis,* qui dominait la succession aux propres[2].

Et si, dépassant quelque peu le problème de la détermination des successibles *ab intestat*, nous envisagions celui de la réserve héréditaire qui s'y rattache étroitement, nous verrions de même l'idée, capitale en celui-ci, de la protection patrimoniale de la famille, se traduire également en des précisions quantitatives et parfois arbitraires, dont le type extrême nous est présenté par des dispositions, telles que celles de l'article 915 (L. 25 mars 1896), réglant la réserve des enfants naturels, en face d'ascendants du défunt, ou de l'article 917 spécifiant l'application de la réduction aux libéralités en usufruit et rente viagère.

Partout, l'esprit juridique se manifeste et s'affine, en

1. Voy., sur ce texte, les explications développées de A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français,* t. III, Paris, 2e éd., 1921, p. 405-424.

2. Voy. notamment : M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil,* 7e éd., t. III, Paris, 1918, no **1801**, p. 374. — A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français,* t. III, Paris, 2e éd., 1921, p. 379-380.

coupant court aux complexités naturelles des choses, en taillant, à arêtes vives, les ondulations, molles et souples, de la vie réelle.

On le voit, cette procédure de réduction simplificatrice, qui traduit, à mes yeux, le moyen essentiel et typique de la technique juridique, se présente surtout comme une partie fondamentale de la confection de la règle de droit. Et il suffit d'analyser celle ci, pour reconnaître comment s'y joue le travail esquissé plus haut.

Toute personne qui a, si peu que ce soit, manié les règles juridiques, soit pour les constituer (législateur), soit pour les enseigner (professeur), soit pour les appliquer (juge ou praticien), connaît le schème, presque stéréotypé, où elles s'encadrent toutes naturellement : *conditions d'application* et *effets*. A telles circonstances, précisément fixées (conditions), se rattachent telles sanctions (effets), non moins précisément limitées : voilà bien, à peu près, comment s'analysent toutes nos prescriptions de droit positif (règles de droit)[1]. Ce schème se traduit, au mieux et en toute simplicité, dans la forme, la plus antique, des préceptes juridiques, qui est, ce semble, la forme pénale : il s'agira de fixer les conditions du fait incriminé (délit) et d'édicter le mal qu'il mérite (peine). Mais la même séparation apparaît aussi pour les règles de droit civil. Qu'on reconnaisse aux hommes, dans leurs rapports réciproques, des droits inhérents à leur personnalité, des droits de famille, des droits réels sur les choses, des droits de créance, des droits de succession, il faut toujours déterminer les exigences de leur formation, puis en développer le contenu. Et, en chaque élément de ces opérations, se rencontrent, à nouveau, le dégagement des con-

1. Comp. R. von JHERING, *Geist des römischen Rechts*, erster Theil, 5 A., Leipzig, 1891, p. 52-53, p. 54-55 (§ 4). *Esprit du droit romain*, trad. de MEULENAERE, 3e éd., t. I, Paris, 1886, p. 52-54 et p. 55 (§ 4). — Voy. aussi : R. STAMMLER, *Theorie der Rechtswissenschaft*, Halle a. d. S., 1911, p. 311, p. 324-328.

ditions, la circonscription des effets. Or, la réussite de semblable décomposition schématique, indéfiniment poursuivie, ne s'obtient que par un effort constant de précision, qui élague les réalités sociales, pour les enserrer en des lignes fermes, d'où elles ne puissent s'échapper[1].

Les instruments de pareille précision sont, d'ailleurs, infinis. Ils se tirent de tout ce qui peut arrêter le flux incessant des choses, des mécanismes, au moyen desquels on redresse le jeu spontané de la vie, des artifices susceptibles de canaliser l'action naturelle, en arrêtant ses exubérantes expansions[2]. Et nous en rencontrerons des applications, minutieusement élaborées, quand nous envisagerons, parmi les procédés détaillés de la technique du droit, soit l'ordonnance des institutions reconnues et organisées par le droit en catégories[3], soit les ressources offertes par la terminologie et la phraséologie[4], soit encore le jeu compliqué des présomptions et des fictions[5].

Mais, au fond, tous ces expédients se concentrent autour d'une réduction des éléments substantiels de la règle de droit, qui demeure ici, en même temps que le but suprême, le moyen capital de toute l'élaboration. — Et si nous voulons l'envisager en elle-même, sans souci des procédés

---

1. Comp. Fr. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif,* Paris, 1899, p. 171 (n° **81**), p. 464-466 (n° **158**); 2e éd. 1919, t. I, p. 189, t. II, p. 82-85.

2. Comp. R. von Jhering, *Geist des römischen Rechts*, zweiter Theil, zweite Abtheilung, t. III, Leipzig, 4 A., 1883, p. 328 (§ **38**) : « Die Aufgabe der Gesetzgebung, sowohl wie der Jurisprudenz, besteht nun darin, Begriffe, welche sich der sichern Anwendung entziehen, in eine solche Gestalt zu bringen, welche dieselbe ermöglicht, den Begriff aus der Sprache des Rechtsphilosophen, wenn ich so sagen darf, in die des Gesetzgebers und Richters zu übersetzen. » — On trouvera la traduction (incomplète, à mon sentiment) de ce passage dans *L'esprit du droit romain,* trad. de Meulenaere, 3e éd., t. III, Paris, 1887, p. 21 (§ **43**).

3. Voy. ci-après, chapitre cinquième (XIX).

4. Voy. ci-après, chapitre huitième (XXII).

5. Voy. ci-après, chapitre septième (XXI).

plus menus, que nous en distinguerons ultérieurement, nous pourrons, nous inspirant surtout des travaux de R. von Jhering, en signaler deux variétés intéressantes, et de caractère général, que je spécifierai et dénommerai comme suit :

D'une part, la substitution du quantitatif au qualitatif, dans l'expression des règles du droit ;

D'autre part, l'élimination de conditions, naturellement nécessaires, pour la réalisation des effets juridiques.

197. — A. L'étoffe des préceptes primordiaux du droit, empruntés à la vie même, qu'ils doivent régir, est faite d'éléments, le plus souvent indéterminés, sans frontières nettes, aux contours indécis, qui, représentant certaines qualités des choses, se prêtent mal à la rigidité, que postulent les injonctions catégoriques. Pour adapter ces données inconsistantes à leur fonction, il faudra souvent modifier leur nature originaire et évaluer les impondérables, bref *transformer les qualités en quantités*, de façon à obtenir, au lieu d'une enveloppe molle et flasque, livrée à tous les flottements de l'appréciation arbitraire, une ligne droite et ferme, assurant la précision de la conduite comme des jugements.

« Supposons », dit R. von Jhering[1], « qu'un législateur veuille régler légalement la capacité personnelle, civile et politique (majorité et droit électoral), et qu'il parte de cette idée : sera majeur celui qui possède le discernement et la fermeté de caractère nécessaires pour régler lui-même ses affaires ; sera électeur et éligible celui qui a la capacité et la volonté de contribuer au bien de l'État. Quelque juste que soit cette idée, il n'en serait pas moins absurde de l'ériger en loi sous cette forme abstraite ; on perdrait

---

1. R. von Jhering, *L'esprit du droit romain*, trad. de Meulenaere, 3e éd., t. I, Paris, 1886, p. 54-55 (§ **4**). *Geist des römischen Rechts*, erster Theil, 5 A., Leipzig, 1891, p. 53-54 (§ **4**).

un temps et des peines infinis à discerner dans chaque espèce concrète l'existence de ces conditions. Le législateur créerait une source inépuisable de controverses, il ouvrirait un libre champ à l'arbitraire du juge. L'application la plus irréprochable de sa loi ne serait pas à l'abri du reproche de partialité qu'il aurait lui-même provoqué. Comment le législateur évitera-t-il pareil écueil? Au lieu de ces conditions, il en fixera d'autres, qui ont avec celles-là une certaine connexité régulière, quoique non nécessaire, mais qui ont sur elles l'avantage de pouvoir être reconnues concrètement d'une manière plus facile et plus sûre; par exemple, l'âge accompli de 25 ans pour la majorité, la possession d'une certaine fortune, l'exercice de certaines professions, etc., pour l'électorat. Cette déviation de l'idée législative originaire, cet échange d'une hypothèse évidemment plus exacte sous le rapport abstrait contre une autre moins exacte et moins adéquate, mais plus facile à reconnaître en pratique, est donc commandée par le but du droit, en vue de la facilité et de la sûreté désirables pour son fonctionnement. Il peut arriver, çà et là, dans l'application, qu'il en résulte des malentendus, que la majorité ou l'électorat, dans notre exemple, soient refusés ou accordés dans des cas particuliers, où ils ne le seraient point d'après l'idée abstraite; mais il n'en faudrait pas moins donner la préférence à ce mode de procéder au point de vue des nécessités de la vie. Ce point de vue, en droit, est le seul décisif[1] ».

L'éminent philosophe du droit est revenu, plusieurs fois, sur cette opération, où son regard, profond et aigu, a su découvrir le procédé le plus essentiel de la formation de la règle juridique[2]. Et, cherchant à la désigner, d'après le

1. Comp. L. Brütt, *Die Kunst der Rechtsanwendung*, Berlin, J. Guttentag, 1907, p. 186 (§ **11**), qui cite les mêmes règles, comme exemples de droit non juste *(unrichtiges Recht)*, par suite des nécessités techniques de l'expression du droit positif.

2. Voy. notamment : R. von Jhering, *Geist des römischen Rechts,*

motif rationnel qui la justifie le plus souvent, — celui d'une vraisemblance approximative établie au besoin par la statistique, — il a proposé, pour elle, le nom de *méthode de subrogation approximative*[1]. M'attachant plutôt à son essence, je préférerais la dénommer *substitution du quantitatif au qualitatif*, en vue d'une expression plus pratique des préceptes du droit, ou même, si l'on me permettait de risquer, *brevitatis causa*, une expression plus pédantesque encore, « *quantification* » *des éléments originaires des règles*.

De quelque nom qu'on le revête, pareil procédé, qui se retrouve quelque peu voilé ou compliqué dans les présomptions juridiques[2], réalise, au mieux, cette réduction de la substance primitive du droit, qui nous est apparue comme le type de l'élaboration technique[3].

On le rencontre, au premier rang, dans la constitution du droit pénal, où, d'une part, les éléments des délits sont de plus en plus érigés en des critères catégoriques et inflexibles, d'autre part, et plus strictement encore, les peines fixes ont peu à peu supplanté les peines arbitraires.

Nombre de matières du droit civil requièrent, en vue du but qu'elles poursuivent, une transformation analogue des

---

erster Theil, 5 A., Leipzig, t. I, 1891, p. 51-55 (§ **4**); zweiter Theil, zweite Abtheilung, 4 A., Leipzig, 1883, p. 327-328 (§ **38**). *Esprit du droit romain*, trad. de Meulenaere, 3e éd., t. I, Paris, 1886, p. 51-56 (§ **4**); t. III, Paris, 1887, p. 21 (§ **43**). — *Der Besitzwille*, Jena, 1889, p. 146-151 (§ IX). *Du rôle de la volonté dans la possession*, trad. de Meulenaere, Paris, 1891, p. 126-130 (§ IX).

1. R. von Jhering, *Der Besitzwille*, Jena, 1889, p. 150 (§ IX), la désigne comme « *approximative Surrogationsmethode* », qu'O. de Meulenaere traduit « méthode de substitution approximative ». *Du rôle de la volonté dans la possession*, Paris, 1891, p. 130 (§ IX).

2. Comp. R. von Jhering, *Geist*, I, 5 A., Leipzig, 1891, p. 55, texte et note 22 (§ **4**). *Esprit*, trad. de Meulenaere, 3e éd., t. I, Paris, 1886, p. 55, texte et note 24 (§ **4**). — *Adde* ci-après : chapitre septième (XXI), sect. I, nos **230**-**239**.

3. Voy., ci-dessus, p. 47 (no **192**), p. 48 (no **193**), p. 52-59 (no **196**).

notions. — Ainsi faut il, par exemple, limiter rigoureusement les délais des prescriptions ou de toutes déchéances quelconques, marquer les signes des incapacités tenant à l'âge ou à l'état mental des personnes par la précision du nombre des années requises pour la majorité civile en ses diverses applications (majorité en général, nubilité, majorité testamentaire, etc.) ou l'établissement de formalités proclamant les causes reconnues d'infirmité morale (interdiction, internement des aliénés, dation de conseil judiciaire), comme encore, et en vue de l'établissement des liens de la filiation paternelle, régulariser, en quelque sorte, d'office, les variations de la nature, en ramenant à des bornes fixes la durée possible des gestations utérines[1]. — De même, concevrait-on un système juridique de succession *ab intestat*, qui se bornât à consacrer une idée aussi vague que celle de la dévolution suivant l'ordre présumé des affections du défunt et ne précisât pas, au moyen d'une détermination nette des ordres et degrés de parenté, la réalisation effective de cette idée? — Et, quand le droit positif proclame, pour causes graves, des déchéances de droits, telles que l'exhérédation, l'indignité successorale, la révocation des dons ou legs pour ingratitude, ne faut-il pas qu'il fixe, au moyen d'énumérations et de définitions limitatives, les circonstances auxquelles s'attachent d'aussi rigoureuses sanctions[2]?. — Dans ces cas, et autres semblables[3], la « quanti-

1. Cons., à cet égard, le *Précis présenté par M. Fourcroy sur l'époque de la naissance humaine et sur les naissances accélérées et tardives*, dans P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. X, Paris, 1836, p. 13-18 (en note).

2. Pour assurer encore plus de précision, on exigera, du moins à l'égard des tiers, un jugement constatant la réalisation des causes d'ingratitude (art. 956 et 958 C. civ. franç.), ou d'indignité successorale (d'après une opinion très répandue, bien que contestée).

3. On peut signaler encore l'article 671 du Code civil français, modifié par la loi du 20 août 1881, qui a substitué, à la distinction (aux frontières incertaines) des arbres à haute et des arbres à basse tige, une séparation nette entre les plantations, suivant qu'elles dépassent, ou non, la hauteur de deux mètres. — En sens inverse, le

fication » s'impose pour toute organisation juridique progressive. Et, bien qu'elle puisse, à la rigueur, du moins en certaines conditions favorables, s'établir par la force de la coutume[1], elle ne résultera pleinement que de la loi. Le plus souvent donc, le moyen technique des sources formelles se combine ici avec le procédé de substitution du quantitatif au qualitatif, pour fournir le résultat nécessaire à la vie pratique.

Au surplus, même lorsqu'elle apparaît nécessaire dans son principe, la « quantification » des éléments juridiques n'est pas toujours absolue. Et les exigences pratiques, bien comprises, demandent parfois qu'elle s'atténue ou se corrige par une certaine place, laissée, à côté d'elle et pour sa mise en œuvre, à l'appréciation individuelle des cas particuliers[2]. — C'est ainsi, notamment, que la rigidité de notre système pénal s'infléchit par l'ensemble des mesures tendant à réaliser, sous mille formes, *l'individualisation de la peine*[3]. — De même, les incapacités tenant à l'âge ne

---

défaut de précision quantitative se fait regretter dans l'article 1648 du Code civil français, pour la durée de l'action résultant des vices rédhibitoires, qui doit être intentée « dans un bref délai, suivant la nature des vices rédhibitoires et l'usage du lieu où la vente a été faite ». Aussi les lois, spéciales aux vices rédhibitoires dans les ventes ou échanges d'animaux domestiques ont-elles dû établir ici la précision qui manquait. Voy. notamment : L. 2 août 1884, art. 5-7, et L. 24 février 1914.

1. Comp., sur le caractère « constructif et technique » de la coutume : L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2e éd., t. I, Paris, 1921, p. 74-78 (§ **11**).

2. Une anecdote, bien connue, rapportée par Aulu-Gelle (*Noctes atticæ*, XX, 1, § 13), montre déjà, à propos de la répression de l'injure à Rome d'après la loi des XII Tables, quel inconvénient social présente parfois la peine fixe.

3. Cons. R. Saleilles, *L'individualisation de la peine*, étude de criminalité sociale (avec préf. de G. Tarde), 2e éd. (en collaboration avec G. Morin), Paris, Alcan, 1909. — Le système peut aller jusqu'à risquer de compromettre les bases les plus fermes du droit pénal moderne, comme le montre la proposition de la « loi de pardon » (proposition H. Chéron et Cruppi, discutée au Sénat les 17 et 24 janvier 1918).

restent pas toujours fixées à une limite de temps infrangible. Le droit romain a connu certains états intermédiaires, moins rigoureusement définis, tels que ceux des *infantes, infantiæ proximi, pubertati proximi,* comme aussi le bénéfice, assez arbitrairement octroyé, ce semble, de la *venia ætatis*[1]. Et aujourd'hui encore, nous avons, dans l'émancipation des mineurs, une institution dont le principe contient, à côté d'éléments fixes, une part d'appréciation subjective. — On sait aussi que les limites légales de durée des gestations utérines ne fournissent qu'un maximum et un minimum, entre lesquels se meut une appréciation dirigée obligatoirement par la « faveur de la légitimité », ou, plus généralement, de la « filiation la plus favorable à l'enfant » (ex. : naturelle simple plutôt qu'adultérine ou incestueuse). — En d'autres cas, l'appréciation des circonstances concrètes est confiée aux juges, qui, après avoir reconnu les conditions nettement spécifiées par la loi, doivent de plus porter une décision propre : ainsi, dans la déclaration d'absence, telle que l'organisent les articles 115 à 129 du Code civil français de 1804, ou encore, dans l'appréciation des hypothèses, légitimant une exception à l'inaliénabilité dotale et que précisent, en les réglementant, les articles 1558 et 1559 du même code[2]. — Bien plus, et il se peut que le retour franc à la « qualification » constitue un progrès sur une « quantification » dépourvue de nuances[3]. Et, c'est ce qu'on observe, par exemple, en matière d'usure, où les législations récentes tentent de substituer au critérium, trop simpliste, du taux excessif de l'intérêt, le fait plus

1. Comp. R. von Jhering, *Der Besitzwille,* Jena, 1889, p. 148, note 1 (§ ix). *Du rôle de la volonté dans la possession,* trad. de Meulenaere, Paris, 1891, p. 128, note 66 (§ ix).

2. Comp. Aubry et Rau, *Cours de droit civil français,* § **537**, n° 6, 5e éd. E. Bartin, t. VIII, Paris, 1916, p. 512-528.

3. Cons. A. von Tuhr, *Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts,* t. I, Leipzig, Duncker u. Humblot, 1910, p. 28-30 (Einleitung, VI, 3, strenges und billiges Recht).

souple de l'exploitation des besoins ou de l'ignorance de l'emprunteur [1].

En dehors des cas où la « quantification » de certains éléments des règles juridiques apparaît exigée comme un besoin par le but même de l'ordre, que ces règles doivent réaliser dans la vie sociale, elle se recommandera souvent de la simple opportunité, pour mieux atteindre l'idéal de justice, qui demeure la fin suprême du droit. — On la trouve notamment, à la base de distinctions, telles que celles des meubles et des immeubles, des servitudes continues et discontinues, apparentes et non apparentes, des legs universels, à titre universel, particuliers, qui, toutes, visent à encadrer des réalités mouvantes et variées en des compartiments, rigides et fixes, rendant plus aisé ou plus sûr leur assujettissement aux préceptes juridiques. — Le même procédé se rencontre aussi dans les nombreuses dispositions du droit positif qui astreignent le juge à une solution catégorique quand il a constaté la réunion de circonstances précisément déterminées. Et l'on en verrait, entre mille autres, une application saisissante dans le système ébauché par notre ancien droit coutumier et précisé par le Code civil (art. 1422 et 1423), pour limiter à de justes bornes les pouvoirs du mari en matière de dispositions gratuites, susceptibles d'atteindre les biens de communauté [2], mieux encore, peut-être, dans les textes, qui précisent les pouvoirs, en matière de baux, de certains administrateurs de la fortune d'autrui, mari, tuteur, usufruitier (art. 1429-1430, art. 595, art. 1718 C. civ. franç.) [3].

1. Cons., par exemple : A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil*, t. II, Paris, 2e éd., 1920, p. 646. — Et, sur l'art. 138, al. 2, C. civ. allemand de 1896, voy. R. Saleilles, *De la déclaration de volonté*, Paris, F. Pichon, 1901, p. 292 (§ **6**, n° 86).

2. Sur les précédents historiques, voy. notamment : Pothier, *Traité de la communauté*, nos **467**, **471**, **472**, **475-496**. — *Adde* : L. Guillouard, *Du contrat de mariage*, t. II, nos **684-686** et **700**.

3. Voy. aussi l'application de l'action paulienne, en matière de

Ici, toutefois, se révéleront certains dangers du procédé, qui marquent une limite à son application, dans l'intérêt d'une technique sagement dosée.

D'une part, la « quantification » peut être purement apparente et cacher, en réalité, une imprécision funeste. C'est ce que nous présente, entre autres, l'injure grave, érigée en cause de divorce (ou de séparation de corps), qui a permis à la jurisprudence française de favoriser outrageusement la rupture du lien conjugal, jusqu'à la prononcer pour de simples marques d'un dissentiment passager et superficiel [1]. Mieux vaudrait assurément, ici, une formule plus souple, précisant la qualité des faits susceptibles de justifier une rupture, à l'image de celles que nous offrent le § 1568 du Code civil allemand du 18 août 1896 [2] ou l'article 142 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 [3].

D'autre part, une « quantification » bien réelle, mais trop accentuée, aura parfois l'inconvénient de supprimer des nuances nécessaires, et ainsi de dénaturer la règle juri-

---

faillite ou de liquidation judiciaire, d'après les art. 446-447 C. comm. français. — Et rappr. l'art. 1537 de l'art. 1448 C. civ. français, pour la quotité de la contribution de la femme séparée de biens aux charges du ménage. Là-dessus : PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 6e ou 7e éd., t. III, nos **1432** et **1438** *bis*.

1. Cons. J. RITIER, *Le développement de la jurisprudence en matière de divorce*, depuis 1884 (Extrait des *Annales de l'enseignement supérieur de Grenoble*, 1894-1895), Paris, 1895, p. 5-41 et p. 118. — *Adde* ci-après : n° **259**.

2. « Un époux peut agir en divorce, lorsque son conjoint, par une violation grave des devoirs résultant du mariage, ou par une conduite déshonorante ou immorale, s'est rendu coupable d'un ébranlement si profond du rapport conjugal, que le maintien du mariage ne peut être exigé du premier. De sérieux sévices sont également réputés violation grave des devoirs » (trad. du Comité de législation étrangère).

3. « Chacun des époux peut demander le divorce lorsque le lien conjugal est si profondément atteint que la vie commune est devenue insupportable. » Il faut ajouter, toutefois, qu'en même temps l'article 138 du Code civil suisse admet le divorce pour cause d'injures graves.

dique, voire de transformer une institution contrairement à ce qui doit rester son sens profond. — On ne saurait assez regretter, par exemple, que la dernière modification apportée à l'article 310 du Code civil français par la loi du 6 juin 1908, en imposant au juge, sans aucune appréciation des circonstances concrètes, de prononcer le divorce, à la demande de l'un quelconque des époux et après trois années de séparation, aboutisse à imposer le divorce à un époux parfaitement innocent, qui n'en veut pas et a le droit de n'en pas vouloir, puisqu'il se contente, pour son compte, du remède moins radical, mais suffisant à ses yeux, de la séparation de corps [1].

Le procédé recèle encore d'autres périls, dont il me suffira de signaler ici le suivant. En fixant catégoriquement certains éléments d'application, hors lesquels la règle ne jouera pas, on s'expose à diminuer son champ d'application normal, qu'une formule plus souple maintient plus aisément. — Ainsi, il est bien clair qu'en prévoyant, à propos du consentement au mariage des mineurs, « l'impossibilité de manifester leur volonté », chez les personnes désignées en première ligne pour donner ce consentement, les articles 149, 150, 153, 158, 159 du Code civil (textes des lois du 20 juin 1896 et du 10 mars 1913) satisfont mieux aux nécessités pratiques que s'ils indiquaient, plus précisément, des circonstances concrètes d'empêchement, telles que interdiction, absence, maladie, dont l'énumération risquerait toujours de rester incomplète et insuffisante.

---

1. Le Code civil allemand de 1896 contient, dans son § 1576, une disposition encore plus favorable à la conversion de la suppression de la communauté de vie conjugale en divorce. Mais cette disposition s'explique par une conception, décidément trop favorable au divorce et hostile à la simple suppression de la communauté de vie conjugale (voy., dans l'édition du Comité de législation étrangère, t. III, Paris, 1908, sur l'intitulé du liv. IV, sect. I, tit. VII, la note (1), II, p. 387 ; sur l'art. 1575, la note (7), p. 406, et, sur l'art. 1576, la note (1), p. 406-407).

Ces dangers, qui nous représentent, sous une forme plus restreinte, les dangers généraux de la technique juridique [1], seront évités, ou du moins atténués, si la détermination des éléments quantitatifs, destinés à supplanter les qualités insaisissables à la préhension des préceptes, a été faite de façon judicieuse, principalement à l'aide des statistiques dont R. von Jhering nous a montré ici l'usage fécond [2]. — On peut ajouter qu'une fois reconnue justifiée, la « quantification » s'opérera, tantôt à l'aide d'éléments moraux ou économiques, tantôt par des éléments juridiques préalablement définis ; que le choix entre l'une ou l'autre manière de faire dépendra de la rigueur que l'on voudra donner au procédé, mais qu'en tout cas il conviendra d'éviter le mélange d'éléments hétérogènes. De semblable mélange un spécimen malheureux nous est offert dans l'article 1449 du Code civil français, sur la capacité de la femme séparée de biens, dont l'interprétation a, pour cette raison même, soulevé tant de difficultés [3].

Enfin, il peut arriver aussi qu'un essai de « quantification » juridique manqué fasse revenir l'interprétation à une appréciation basée sur le fond des choses. — C'est ce qui s'est produit à propos de la disposition de l'article 1422 du Code civil français, interdisant au mari la donation « de l'universalité ou d'une quotité du mobilier » de la

1. Voy. ci-dessus : n° **190**, p. 39-42.

2. Voy. notamment : R. von Jhering, *Der Besitzwille,* Jena, 1889, p. 148, p. 159-162, p. 165-166, p. 170-174 (§ IX). *Du rôle de la volonté dans la possession,* Paris, 1891, p. 128, p. 137-140, p. 143, p. 147-150 (§ IX).

3. D'une part, l'alinéa 1 de l'article 1449 indique, comme mesure de la capacité de la femme séparée de biens, la « libre administration » (critérium *économique*). D'autre part, les alinéas 2 et 3 visent, pour les permettre ou les prohiber, certains actes *juridiquement* définis : « disposer de son mobilier et l'aliéner — aliéner ses immeubles ». — Le critère économique doit-il influer sur les critères juridiques pour les modifier? Voilà ce qui reste douteux. — Comp. ci-après : n[os] **258-259**.

communauté; disposition, basée sur un caractère trop strictement technique, et que la jurisprudence a su ramener à la notion, plus simple et plus réaliste, de donation de mobilier « excessive »[1].

198. — B. La substitution du quantitatif au qualitatif, qui joue un rôle si important dans la constitution des règles juridiques, ne nous offre encore qu'une transformation des éléments substantiels du droit; si, grâce à elle, ceux-ci se présentent réduits, c'est moyennant rachat et par une simple mutation dans les notions.

Mais la technique franchit, en apparence du moins, un pas plus décisif dans la voie de l'amoindrissement des données primordiales du droit, quand elle va jusqu'à supprimer certaines exigences qui, de soi, s'imposeraient pour justifier un résultat juridique déterminé. On admettra l'effet voulu, moyennant des circonstances, de parti pris diminuées, qui formeront comme un principe nouveau et facile à établir. Ainsi, *la réduction des éléments substantiels du droit* atteindra son maximum dans cette *élimination artificielle de conditions juridiques des règles*. Et, pourvu qu'elle soit réalisée sous les précautions et garanties nécessaires, elle assurera au droit positif une mise en œuvre pratique répondant à certaines nécessités de la vie.

Plus radicale que la précédente, cette opération est aussi plus rare. Elle ne se justifie qu'en des cas exceptionnels, où l'élément primordial d'un précepte peut disparaître sans inconvénient, grâce à quelque compensation psychologique ou à d'autres soutiens techniques.

L'étudiant d'après le système du droit romain ancien,

---

1. Voy. notamment : Rouen, 25 janvier 1860, *Sirey*, 61. 2. 204. — Toulouse, 22 juillet 1865, *Sirey*, 66. 2. 128. — Bordeaux, 16 janvier 1878, *Sirey*, 78. 2. 252. — Agen, 11 février 1896, *Sirey*, 99. 2. 73 et note critique A. Wahl. — Comp. Req. rej., 18 mars 1862, *Sirey*, 62. 1. 869.

R. von Jhering en a montré des applications intéressantes, tant dans le droit privé que dans le droit public[1]. De toutes ces applications, qui peuvent encore rencontrer leurs analogues aujourd'hui, je n'en relèverai qu'une, où, d'après les principes modernes, se trouvent confondues les deux plus notables, signalées par R. von Jhering, — le transfert de propriété abstrait ou isolé de sa cause, l'obligation également abstraite, — et qui, susceptible de modalités variées l'adaptant aux nécessités présentes, suffit à faire comprendre quel peut être, même encore dans la technique du droit actuel, le rôle du procédé général que nous envisageons ici. C'est ce que l'on peut appeler l'élimination artificielle de la cause, dans les actes volontaires de l'homme tendant à un effet de droit (actes juridiques).

A s'en tenir aux résultats complets d'une exacte analyse des données scientifiques du droit, tout mode d'établissement volontaire d'une situation juridique — dont le type est fourni par le contrat générateur de droits patrimoniaux (droits réels ou droits de créance) — requiert, outre la volonté nue qui le forme et l'objet précisant son contenu, une cause qui explique juridiquement le consentement. Cet élément, la cause, est de l'essence même de tout vouloir susceptible d'effets juridiques. Seul, il détermine ce vouloir et garantit qu'il mérite la reconnaissance et la sanction du droit. Que signifierait une volonté dépourvue de cause et à quel titre réclamerait-elle la garantie

1. R. von Jhering, *Geist des römischen Rechts*, dritter Theil, erste Abtheilung, 4 A., Leipzig, 1888, t. IV, § **55**, p. 206-241. *Esprit du droit romain*, trad. de Meulenaere, 3e éd., Paris, 1888, t. IV, § **65**, p. 199-234. — Les applications, présentées là, sont : — *a*) pour le droit privé : α. Le transfert de propriété abstrait ; β. L'obligation abstraite ; γ. La corréalité ou la solidarité dans les obligations ; δ. La personnalité juridique ; — *b*) pour le droit public : α. L'inobservation des prescriptions religieuses dans les actes de la vie publique ; β. Le vice de forme dans l'élection des magistrats ; γ. L'inconstitutionnalité des lois régulièrement publiées.

sociale[1]? Aussi, est-ce bien à tort qu'on a parfois prétendu passer outre à l'exigence de la cause, en invoquant les principes scientifiques de la formation des actes juridiques. De ce point de vue, la suppression de la cause ne peut reposer que sur une vue incomplète des choses et aboutir qu'à consacrer un acte purement machinal, à découvrir un fruit substantiel dans une enveloppe vide[2]. — L'introduction de la cause est d'ailleurs nécessaire pour permettre l'appréciation morale et économique de l'opération, qui ne peut juridiquement valoir qu'à la condition d'être conforme aux fins suprêmes du droit[3]. — Aussi bien, et quoi qu'on en ait pu dire, la cause est aisément reconnaissable en toute opération volontaire à titre onéreux, où

1. Comp. R. von Jhering, *Geist des römischen Rechts*, III, 1, 4 A., Leipzig, 1888, t. IV, p. 210-211, p. 215-216 (§ **55**). *Esprit du droit romain*, trad. de Meulenaere, t. IV, Paris 1888, p. 203-204, p. 208-209 (§ **65**). — Voy. surtout la fine analyse de la théorie de la cause présentée par C. Bufnoir, *Propriété et contrat*, Paris, 1900, p. 526-548, p. 557-558. *Adde* : p. 809. — Je reviens, ici, sur une indication que j'avais téméralrement formulée dans : *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1re éd., Paris, 1899, p. 173, note 2 (n° **81**). Voy., d'ailleurs, *ibid.*, p. 171 (n° **81**), et la 2e édition du même ouvrage, Paris, 1919, t. I, p. 189, p. 191, note 2 (n° **81**).

2. C'est ce qui ressort encore de la critique de la théorie de la cause, telle que l'expose, à la suite d'autres jurisconsultes, M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, 7e éd., Paris, 1917, nos **1037-1039**, p. 344-346. La notion de cause, avec ses conséquences essentielles, est seulement reprise sous une forme différente. Les développements produits ne font qu'en démontrer la nécessité.

3. Comp. E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, thèse de doct. Droit, Dijon, 1911-*1912*, p. 349, p. 360-364, p. 368-379, p. 432. — Voy. aussi : R. Saleilles, *De la déclaration de volonté*, Paris, F. Pichon, 1901, p. 252-256 (sur l'art. 138 du Code civil allemand, § **1**, nos 3-11). — J'estime, d'ailleurs, que ces considérations générales conduiraient à tenir compte des motifs mêmes ou mobiles concrets de la volonté. C'est déjà un premier artifice de la technique du droit, qui, pour raisons pratiques, a fait séparer la *cause*, seule tenue pour essentielle, des *motifs* réputés indifférents. — Un autre système peut, d'ailleurs, donner des résultats analogues. Comp., par exemple : J.-P. Valton, *Cause et « considération » dans le droit anglais des obligations*, dans *Revue trim. de droit civil*, 1919, t. XVIII, p. 469-473.

la contre-prestation fournie ou attendue justifie le sacrifice consenti par chaque partie. Si elle apparaît moins distincte dans les actes gratuits, donation ou testament, elle y intervient pourtant, ne fût-ce que pour qualifier, à titre d'*intention libérale licite,* une volonté de se dépouiller, qui a besoin de cette explication pour mériter la reconnaissance du droit. En même temps, son contrôle nécessaire permet, en pénétrant jusqu'aux motifs qui en rendent compte, d'assurer certaines dispositions restrictives des dispositions gratuites[1]. — Bref, il paraît incontestable que tout droit subjectif, obtenu par un acte volontaire de l'homme, implique une volonté, non seulement certaine et pure, mais justifiée à sa base, de telle sorte que celui qui se prévaut du droit en question doive, contre la négation contraire, en démontrer la cause justificatrice.

Mais certain raffinement de l'idée de crédit peut recommander à la jurisprudence pratique l'élimination de semblable élément. C'est qu'en effet il introduit, dans le libre jeu de l'autonomie de la volonté, des entraves, des causes de ralentissement ou d'arrêt, qui réagiraient dangereusement contre les ayants droit éventuels des parties à l'acte. Toutes les fois que la cause n'apparaîtrait pas ou se trouverait viciée, l'effet juridique, poursuivi par l'acte, serait manqué ou menacé de ruine, et les conséquences qu'il doit normalement produire à l'égard des tiers se trouveraient par là même atteintes. Même entre les parties à l'acte, l'exigence stricte d'une cause valable peut conduire à une sorte d'examen préalable de moralité, susceptible de retarder ou de paralyser une réalisation d'effet qu'on

1. Voy. notamment : C. Bufnoir, *Propriété et contrat,* Paris, 1900, p. 531-532, p. 543-548, p. 589. — M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil,* 7e éd., Paris, t. II, 1917, n° **1038**-3°, p. 345 ; t. III, 1918, n° **2509**, p. 600-601 ; n°s **3034-3036**, p. 787-788. *Adde :* p. 754, note 1 (n° **2943** *bis*) et p. 760 (n° **2959**). — Comp. J.-E. Labbé, note sous Req. rej., 15 juillet 1878, *Sirey,* 79. 1. 393. — *Adde* encore : J. Hamel, *La notion de cause dans les libéralités,* thèse de doct. Droit, Paris, 1919-*1920,* surtout : Conclusion, p. 349-385.

voudrait immédiate et incontestée (art. 1131 C. civ. franç.). Ainsi, des considérations utilitaires interviendront parfois, qui justifieront l'artifice technique, consistant à supprimer la cause de la formation même de l'acte juridique, sauf, s'il y a lieu, à pourvoir, par des expédients divers, à la sauvegarde des intérêts essentiels que protégeait son exigence théorique.

A Rome, le système se représente, plus ou moins consciemment constitué, avec ses traits essentiels, dans les plus notables des modes d'établissement volontaires des droits. — Le transfert de la propriété (ou la constitution des droits réels principaux) s'opère par les formes de la *mancipatio* ou de l'*in jure cessio,* sans que l'on remonte à la cause qui l'explique[1]; et si une élimination aussi complète se montre incompatible avec les exigences de la tradition, du moins semble-t-il que la *justa causa,* requise pour la réaliser, puisse consister en une simple apparence dénotant la double intention d'aliéner ou d'acquérir, indépendamment de la réalité effective de l'opération qui la justifie[2]. A cette condition, la mutation de propriété (ou la constitution de droit réel) se produit avec tous ses effets, sauf à corriger ceux-ci par des actions qui respectent les droits acquis aux tiers[3]. — Et, pour la création des obli-

1. Comp. R. von Jhering, *Geist des römischen Rechts,* III, 1, t. IV, 4 A., Leipzig, 1888, p. 210-215 (§ **55**). *Esprit du droit romain,* trad. de Meulenaere, t. IV, 3e éd., Paris, 1888, p. 203-208 (§ **65**).

2. Voy. P.-F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain,* 6e éd., Paris, 1918, p. 300-302. Voy. spécialement la note 2 de la p. 301. — C. Accarias, *Précis de droit romain,* t. I, 4e éd., Paris, 1886, n° **226**, p. 573-576. — Au sujet de la tradition, R. von Jhering reste équivoque. *Geist des römischen Rechts,* III, 1, t. IV, 4 A., Leipzig, 1888, note 262, p. 210 et p. 212, texte et note 263 (§ **55**). *Esprit,* trad. de Meulenaere, t. IV, 3e éd., Paris, 1888, note 298, p. 203 et p. 205, texte et note 299 (§ **65**). — P. Krückmann (*Ueber abstrakte und kausale Tradition und § 929 B. G. B.*), dans *Archiv für bürgerliches Recht,* 1897, t. XIII, p. 1-8.

3. R. von Jhering, *Geist,* III, 1, t. IV, 4 A., 1888, p. 212-215 (§ **65**). *Esprit,* trad. de Meulenaere, t. IV, 3e éd., Paris, 1888, p. 205-208 (§ **65**). — P.-F. Girard, *Manuel,* 6e éd., Paris, 1918, p. 301-302, nos 1 et 3 et surtout p. 301, note 3.

gations par acte volontaire de l'homme, la *stipulatio* romaine nous offre, dans toute sa pureté, le type de l'acte (formaliste) générateur du droit en dehors de toute exigence de cause, avec les correctifs nécessaires des *exceptiones* (au premier rang *exceptio doli*) et des *condictiones sine causa,* sans parler des complications, que pouvaient introduire l'énoncé ou la supposition de la cause non obligatoire, et dont on rencontre l'exemple le plus achevé dans l'adaptation, aux stipulations couvrant un prêt d'argent prétendu, de l'*exceptio non numeratæ pecuniæ*. En dépit de tous ces expédients indirects, la *stipulatio* représente bien un mode d'engagement par une promesse abstraite, réalisant son effet essentiel sans souci de la cause concrète qui est à sa base [1].

Le même *processus* technique joue assurément un rôle moins considérable dans le droit moderne, bien qu'on puisse encore entrevoir son adaptation à notre organisation juridique positive, en vue d'y réaliser certains progrès que les besoins du crédit pourront rendre quelque jour désirables [2]. — Les transferts de propriété (ou constitutions de droits réels) volontaires, s'opérant par la voie du contrat directement générateur d'obligation (art. 711 *in fine*, 938, 1138, 1583 C. civ. français), comportent aujourd'hui l'application des mêmes règles que celui-ci. Nous pouvons cependant maintenir ici la distinction romaine, en vue de mieux saisir le jeu du système dans le droit actuel.

---

1. Comp. R. von Jhering, *Geist des römischen Rechts,* III, 1, t. IV, 4 A., Leipzig, 1888, p. 215-221 (§ **55**). *Esprit du droit romain*, trad. de Meulenaere, 3[e] éd., t. IV, 1888, p. 208-214 (§ **65**). — P.-F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain,* 6[e] éd., Paris, 1918, p. 499-500. — R. Saleilles, *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'Empire allemand,* 2[e] éd., Paris, 1901, n[os] **261-262**, p. 287-292. — Voy. aussi : Savigny, *Le droit des obligations,* trad. L. Gérardin et P. Jozon, 2[e] éd., Paris, 1873, t. II, § **78**, p. 415-433.

2. Comp., sur l'art. 138 C. civ. allemand de 1896 : R. Saleilles, *De la déclaration de volonté,* Paris, F. Pichon, 1901, p. 256-269 (§ **2**, n[os] 12-40).

L'abstraction de la cause ne trouverait qu'une place restreinte dans notre système des constitutions ou transferts volontaires de droit. — Toutes les fois qu'il s'agit d'objets mobiliers corporels, la règle : En fait de meubles possession vaut titre (art. 1141, 2279-2280 C. civ. franç.) donne une satisfaction suffisante aux nécessités du crédit au profit des tiers, et il n'apparaît pas qu'il y ait lieu de dispenser les parties de la justification d'une cause, qui donne seule à leur convention de transfert le caractère nécessaire pour la colorer juridiquement comme tradition translative de droit [1]. — Est-il question de droits immobiliers? La transcription intervient, généralement du moins (art. 939-942 C. civ. français; L. 23 mars 1855, art. 1-3), pour assurer leur établissement à l'égard des tiers. Toutefois, elle ne saurait couvrir l'absence ou les vices de la cause. Et celle-ci conserve également toute sa nécessité dans les rapports des parties au contrat. Il n'a pas, jusqu'ici du moins, semblé opportun, chez nous, de supprimer cette exigence pour des opérations qui, en général, ne requièrent ni célérité, ni simplification particulières. On pourrait toutefois, sous l'impulsion de conceptions de crédit plus raffinées, souhaiter, en quelque mesure, un retour aux idées romaines, consistant essentiellement à séparer l'effet du transfert attaché à une sorte de volonté nue (*nuda traditio*) des contractants et se réalisant par le seul échange des consentements, de son appréciation morale ou économique, qui, seule, ferait intervenir la cause, pour en tirer, le cas échéant, des moyens d'attaque limités aux rapports personnels des contractants. Pareil système rencontrerait des précédents en certaines législations étrangères [2], et il

---

1. Comp., sur le système du Code civil allemand de 1896, §§ 929-936 : P. Krückmann (*Ueber abstrakte und kausale Tradition und § 929 B. G. B.*), dans *Archiv für bürgerliches Recht*, 1897, t. XIII, p. 8-12.

2. Cons., par exemple : A. Esmein (*Un chapitre de l'histoire des contrats en droit anglais*), dans *Nouvelle revue historique de droit*, t. XVII, 1893, p. 565. — Comp., au *Code civil allemand* de 1896, les §§ 135,

pourrait aisément se combiner avec une conception de la procédure des livres fonciers, où la forme extrinsèque suppléerait à cette élimination artificielle de la cause [1]. — Des idées analogues s'adapteraient aisément à la théorie moderne de la cession de créances, où les formalités exigées à l'égard des tiers (art. 1690 C. civ. français) ne suppriment pas la nécessité d'une cause valable pour l'opération même de cession. Et nous pouvons observer ici que certaines formes, accréditées par l'usage plus encore que par la loi, arrivent à éluder, dans la cession des droits qui en sont revêtus, les exigences d'une cause proprement dite, pour s'en tenir aux apparences d'un simple échange de volontés. Cette observation trouve particulièrement application aux droits revêtus de la forme du titre nominatif (art. 36 C. comm. français) qui, grâce à la formalité du transfert telle qu'elle est normalement pratiquée, sont déplacés *erga omnes*, sans qu'il y ait lieu désormais de considérer la cause de la cession [2]. Si la forme au porteur semble offrir des résultats plus complets encore, elle traduit moins nettement l'idée, parce que, transformant en quelque sorte les droits qui en sont revêtus en objets corporels, elle assure la protection des tiers acquéreurs de bonne foi, sans faire disparaître

161, 325 et 327, 346 et 347, 499, 816, avec annotations sur ces textes dans l'édition traduite du Comité de législation étrangère, t. I, 1904, t. II, 1906. — *Adde :* R. SALEILLES, *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'Empire allemand,* 2e éd., Paris, 1901, n° **192**, p. 211 ; n° **299**, p. 347-349; et (*Étude sur les sources de l'obligation dans le projet de Code civil pour l'Empire d'Allemagne*), dans *Bulletin de la Société de législation comparée,* 1888-1889, t. XVIII, n° **24**, p. 604-605 et nos **28-29**, p. 611-613.

1. Comp. *Code civil allemand* de 1896, §§ 873, 892, 893. — *Code civil suisse* du 10 décembre 1907, art. 656, 965, 971, 973, 974, 975, 977.

2. Comp. H. MINARD, *Du titre nominatif*. Nature et fonctionnement, thèse de doct. Droit, Paris, 1896-*1897*, *passim,* notamment : deuxième partie, chap. II, nos **69-108,** p. 63-100; troisième partie, tit. II, chap. I, sect. III-V, nos **182-245**, p. 190-254. — Voy. aussi : L. LACOUR, *Précis de droit commercial,* Paris, Dalloz, 1912, n° **1088**, p. 638. *Adde :* nos **1089-1100,** p. 638-645.

entre les parties la cause de l'opération de transfert[1]. — Si complexe que soit ce tableau, d'ailleurs résumé, il suffit à faire apercevoir l'intérêt, assurément restreint, que peut présenter, même dans les législations modernes, une élimination de la cause des modes volontaires de constitution ou de transfert des droits, qui n'est jamais qu'un artifice de technique dépendant, comme tel, des aspirations et facultés contingentes de l'art juridique.

Mais, c'est surtout pour la formation des contrats ou promesses[2] purement obligatoires, — dont le type simple se représente dans le billet portant souscription de somme d'argent de la part du signataire au profit d'un créancier désigné, — que l'élimination artificielle de la cause apparaît comme un moyen technique susceptible de réduire les éléments essentiels de l'acte juridique, en vue de répondre à certains besoins de crédit. — En principe, assurément, la cause, expliquant le consentement et concrétisant l'opération conclue, est nécessaire ici comme en tout autre acte volontaire qui prétend être reconnu par le droit (art. 1108, al. 1 et 5, art. 1131 C. civ. français). Toutefois, cette exigence ne va pas sans compliquer une opération aussi simple que l'engagement unilatéral de payer une somme d'argent, en rendre la justification parfois difficile et l'exposer à des critiques de nature à compromettre l'exécution ou la circulation du « billet ». N'est-ce pas le cas, pour la technique du droit, d'intervenir, en éliminant la cause des conditions requises pour la formation de l'engagement et tenant comme obligatoire en elle-même

1. Comp. L. Lacour, *Précis de droit commercial,* Paris, Dalloz, 1912, n^os **1022-1067**, p. 602-628.

2. J'entends prévoir ici le cas où l'on admettrait, à l'égal du contrat, la force obligatoire de l'engagement résultant d'une seule volonté. — Comp. R. Saleilles, *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'Empire allemand,* 2e éd., Paris, 1901, n^os **141-144**, p. 147-153 et p. 286 (n° **260**). — Jean S. Matesco, *L'obligation unilatérale et le Code civil,* thèse de doct. Droit, Paris, *1919*-1920.

l'obligation, purement abstraite, qui n'invoque qu'une volonté nue ? — Les législations modernes répondent diversement à la question ainsi posée. Notre droit français, plus attaché à la valeur morale du droit qu'aux intérêts utilitaires du crédit, maintient fermement l'exigence de la cause et croit donner une satisfaction suffisante aux besoins pratiques, en simplifiant, le cas échéant, la preuve de la cause par une présomption qui n'atteint pas le fond du droit et laisse subsister ses conséquences nécessaires (art. 1132 C. civ. français) [1].

Même dans les effets de commerce, tels que lettre de change, billet à ordre, chèque, où l'intérêt de la circulation et du crédit paraît devenir prédominant, l'indication requise de la valeur fournie (art. 110, al. 7, art. 188, al. 6, C. comm. français), l'importance capitale attachée à la provision (art. 115-117 C. comm. français) attestent la permanence du *substratum* de la cause, dont la nécessité permet notamment d'écarter ici tout effet novatoire et de justifier plus aisément la nullité des effets de complaisance dans la mesure où l'admet notre jurisprudence [2]. — D'autres législations se montrent plus hardies, ou, du moins, préfèrent sacrifier le principe rationnel de la cause aux intérêts économiques qui postulent des engagements dégagés de tous vices originaires et assurent aux preneurs successifs un titre infrangible. C'est ainsi que la législation commerciale allemande a, dès longtemps, considéré les effets de commerce, et au premier rang la lettre

---

1. Voy. là-dessus : C. Bufnoir, *Propriété et contrat*, Paris, 1900, p. 548-560. — Et cons. P. Duez, *La renaissance de l'acte abstrait dans les obligations*, thèse de doct. Droit, Lille, 1913-*1914*.

2. Voy. notamment : E. Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial*, 5e éd., J. Percerou, Paris, 1916, nos **1419-1440**, p. 714-720, et (*Memoire sur la nécessité, en droit comparé, d'étudier les doctrines juridiques et nationales des institutions, application à la lettre de change*), dans *Procès-verbaux et documents du Congrès international de droit comparé de 1900*, t. I, Paris, 1905, p. 613-615, p. 618-621. — *Adde* : C. Bufnoir, *Propriété et contrat*, Paris, 1900, p. 537-538, p. 554.

de change, comme représentant une obligation abstraite, valable indépendamment de toute opération concrète, et par la seule vertu de sa forme, ce qui, non seulement explique d'un coup la plupart des particularités attachées traditionnellement à ces titres, mais aboutit encore à en renforcer singulièrement l'énergie et à leur procurer l'office d'une sorte de monnaie adaptée aux besoins du commerce [1]. — Le système a paru donner des résultats si heureux qu'on a songé à l'étendre, en quelque mesure, aux promesses civiles. Et le Code civil allemand de 1896 est entré nettement dans cette voie, en consacrant, par ses §§ 780 à 782, la promesse de dette (pure et simple ou sous forme de reconnaissance) non causée, moyennant la forme écrite, qui n'est même pas nécessaire quand la promesse est délivrée sur le fondement d'un compte ou par voie de transaction [2]. Sans insister sur les détails du système, qui ne seraient pas à leur place ici, nous observons qu'il met manifestement en œuvre le procédé technique, consistant à éliminer tels ou tels éléments essentiels de l'institution juridique, pour la mieux adapter à certains besoins pratiques de la vie. Cette élimination n'a pas lieu sans quelque compensation, puisqu'elle trouve sa contre-partie, soit dans

---

1. Cons. E. Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial*, 5e éd., J. Percerou, Paris, 1916, nos **1303-1308**, p. 677-679, et (*Mémoire précité*), dans *Procès-verbaux et documents du Congrès international de droit comparé de 1900,* t. I, Paris, p. 611-613, p. 618-621. — *Adde :* C. Bufnoir, *Propriété et contrat*, Paris, 1900, p. 528 et p. 538. — Comp. L. Lacour, *Précis de droit commercial*, Paris, Dalloz, 1912, nos **1117-1120,** p. 655-660 ; no **1126,** p. 663 ; no **1137,** p. 668-669 ; no **1161,** p. 680-681 ; nos **1184-1198**, p. 693-705 ; nos **1235-1252,** p. 722-735 ; nos **1334-1345,** p. 773-780.

2. Cons., notamment, à cet égard : R. Saleilles, *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'Empire allemand,* 2e éd., Paris, 1901, nos **260-266**, p. 286-297. — *Code civil allemand*, §§ 780-782 ; trad. franç. du Comité de législation étrangère, Paris, Imprimerie nationale, t. II, 1906, p. 317-321, pour les annotations sur le titre XX du livre II, section VII. — Comp. *Code fédéral des obligations*, revisé le 30 mars 1911, art. 17. — Rappr. aussi : C. Bufnoir, *Propriété et contrat*, Paris, 1900, p. 558-559.

la forme écrite exigée de la promesse abstraite, soit dans la préexistence d'un compte ou d'une transaction qui ne représentent pas autre chose que la transformation de la cause inhérente, de par l'analyse scientifique, à l'essence intrinsèque de l'opération. Il est clair, en même temps, que les conséquences un peu brutales du procédé resteraient, le cas échéant, corrigées par l'application des principes fort larges de l'enrichissement sans cause (B. G. B. § 812, notamment al. 2; *adde :* §§ 813-822). — On voit, ainsi, que cette réduction par élimination n'est pas essentiellement différente de la réduction par substitution envisagée précédemment [1], que toutes deux consistent en une altération des éléments substantiels et primordiaux de la règle juridique inspirée par des considérations pratiques, dont la valeur, par conséquent, dépend de la mesure dans laquelle elle facilitera l'adaptation de cette règle à la vie, sans compromettre les principes fondamentaux qui la dominent.

On trouverait d'ailleurs aisément d'autres applications du même procédé, en maintes théories du droit civil, particulièrement élaborées chez les modernes [2]. — Qu'il me suffise de rappeler encore, à titre d'exemples, la déclaration de volonté remplaçant, dans la formation des actes juridiques, l'analyse intime de la volonté des parties par l'examen de sa manifestation extérieure , et les recherches

1. Voy. ci-dessus, n° **197**, p. 59-69.

2. Je signale, entre autres : — la théorie du « risque créé », remplaçant la faute; — la règle « Voies de nullité n'ont point de lieu en France contre les jugements ». Comp. Civ. Cass., 28 novembre 1904, *Sirey,* 1907. 1. 261 ; — la précision de l'existence formelle du mariage suivant le § 1324 (cbn. § 1317; *adde :* § 1329) du Code civil allemand de 1896. Comp R. SALEILLES, *La distinction entre l'inexistence et la nullité du mariage,* dans *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1911, t. X, p. 351-398.

3. Cons. R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté*, Paris, 1901, notamment préface, p. VII-VIII, et, sur cet ouvrage : E. MEYNIAL, *La déclaration de volonté,* dans *Revue trimestrielle de droit civil,* 1902,

pénétrantes de R. von JHERING, tendant à éliminer l'*animus domini* requis pour la constitution essentielle de la possession juridique, pour en traduire la nécessité fondamentale en des conditions mieux capables d'assurer la mise en œuvre pratique de l'institution[1]. — Au surplus, le procédé se représentera à nous sous la forme des fictions de droit[2].

III

199. — A côté de cette première série de moyens d'ordre général qui en forment comme la trame intime et profonde, la technique juridique nous offre un autre ensemble de procédés, également généraux, constituant pour elle une sorte de revêtement extérieur, dans les sources formelles du droit positif, loi écrite, coutume, voire même autorité (jurisprudence, doctrine) et tradition, à supposer qu'on doive reconnaître en ces dernières des sources spécifiquement différentes de la précédente.

Il n'est pas douteux que tous ces « éléments d'expression du droit », comme on a proposé de les appeler[3], restent,

---

t. I, p. 545-573, surtout p. 550-561. — G. DEREUX (*Étude des diverses conceptions actuelles du contrat*), dans *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1901, nouvelle série, t. XXX, p. 515, p. 516-535. *Adde : ibid.*, 1902, N. S., t. XXXI, p. 116-118, p. 121-122. — *Adde*, pour la Suisse : *Code fédéral des obligations*, revisé le 30 mars 1911, art. 1, note 1 de l'édition V. ROSSEL, du Code civil, y compris le Code (revisé) des obligations, Lausanne, Payot et C[ie], 1913, p. 4 Code des obligations. — Rappr., sur l'apparence des actes ou faits juridiques : M. BERNARD, note dans *Sirey*, 1906. 1. 489.

1. R. von JHERING, *Der Besitzwille*, Jena, 1889. Voy. surtout le § IX, p. 144-196; éd. de MEULENAERE, *Du rôle de la volonté dans la possession*, § IX, p. 124-170.

2. Voy. plus loin : chapitre septième (XVI), sect. II, n[os] **240-253**.

3. P. VANDER EYCKEN, *Méthode positive de l'interprétation juridique*, Bruxelles et Paris, 1907, p. 17 (n° **1**). — Cet auteur voit, dans les sources formelles, des éléments critiques de l'opinion subjective touchant le but social (n[os] **65-114**, p. 118-188, et n[os] **197-203**, p. 326-332). Car c'est ce dernier qui, pour lui, justifie et explique toute la règle de droit (n[os] **44-64**, p. 85-117, et *passim*). — Rappr.

en eux-mêmes, parfaitement distincts de la règle à laquelle ils donnent l'estampille de la positivité, en même temps qu'ils présentent bien le caractère, artificiel et volontaire, qui nous a paru constituer le signe distinctif de la technique juridique[1]. Sans doute, ce double critérium y apparaît plus ou moins net. Tout à fait marqué dans la loi écrite, où nous voyons une volonté, manifestée en des formes plus ou moins arbitraires, créer catégoriquement le précepte devant s'imposer sans discussion possible de son bien-fondé[2], il est moins saillant chez la coutume, qui, parce qu'elle repose sur des faits un peu mouvants et implique une intervention psychologique assez fine, laisse place, dans son diagnostic, à une appréciation rationnelle peu d'accord avec l'idée stricte de technique[3]. Cependant, la coutume tend à fixer, au moyen d'actes de volonté, le droit peu consistant issu de la vie même; par là et malgré tout, elle demeure un procédé de la technique juridique[4]. Et il en serait encore de même de l'autorité et de la tradition, dans la mesure de la force impérative qu'on leur attribue[5], en ce qu'elles imposent du dehors une

---

Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, II, Paris, 1915, p. 42-43 (n° **76**), et *Méthode d'interprétation*, 2e éd., 1919, t. II, p. 278-284 (n° **194**). — Comp. W. Arnold, *Cultur und Rechtsleben*, Berlin, 1865, p. 289.

1. Voy. ci-dessus, n° **182**, p. 16-19. — *Adde :* nos **183-184**, p. 19-26.

2. Comp. J. Kohler, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, t. I, Berlin, 1904, § **24**, III, p. 80-81. — Voy. aussi, sur la loi considérée comme l'élément impératif du droit : P. Vander Eycken, *Méthode positive de l'interprétation juridique*, Bruxelles et Paris, 1907, nos **197-203**, p. 326-332. — *Adde :* L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2e éd., t. I, Paris, 1921, § **12**, p. 86-99.

3. Comp. Fr. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899, 2e éd., 1919, troisième partie, chapitre premier, sect. ii, nos **109-137**, notamment n° **121**.

4. Comp. L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2e éd., t. I, Paris, 1921, p. 72-79, p. 84-86 (§ **11**).

5. Comp. Fr. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899, 2e éd., 1919, troisième partie, chapitre premier, sect. iii, nos **138-154**. — Rappr., sur le *Juristenrecht :* J. Kohler,

solution catégorique, acceptée indépendamment de sa vérité intrinsèque.

Il faut même reconnaître que les sources formelles constituent le moyen technique, le plus puissant et le mieux assuré, de l'organisation juridique. Elles seules, à proprement parler, *font le droit positif*, en fixant les règles, de leur nature inconsistantes, que nous offrait l'élaboration scientifique [1]. En même temps, il advient qu'elles se combinent avec les autres procédés ou, du moins, les utilisent et les affinent, pour les amener à un point de plus grande perfection technique. Le plus souvent, d'ailleurs, nos sources formelles absorberont les moyens qu'elles consacrent, en telle façon qu'on doive en détacher ceux-ci (formes, catégories, concepts, constructions, terminologie, présomptions, fictions, etc...) [2], si l'on veut les apprécier dans toute leur pureté de procédés techniques *sui generis*.

Mieux encore. En prenant, comme type des sources formelles du droit, la plus parfaite d'entre elles, la loi écrite, on s'aperçoit que certaines règles, qui, par leur nature, ont besoin d'une « information » technique, ne valent, dans l'ordre positif, qu'à la condition d'être incorporées en une formule légale [3]. — Il y a même là le germe d'un problème important, quoique trop peu considéré jusqu'ici [4] : distinguer et préciser, au vu des exigences

---

Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, t. I, Berlin, 1904, § **24**, IV, p. 81-82, et § **33**, I-III, p. 110-113. — Et, sur la « jurisprudence » envisagée comme source (?) de droit : L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2e éd., t. I, Paris, 1921, p. 79-84 (§ **11**).

1. Comp. W. Arnold, *Cultur und Rechtsleben*, Berlin, 1865, p. 289.

2. Voy. ci-après, chapitres quatrième à huitième (XVIII-XXII).

3. De là a pu surgir l'opinion, que la *loi écrite* serait le signe distinctif de la technique juridique. Voy. ci-dessus, p. 13, note 2 *in fine* (no **181**).

4. Voy. pourtant quelques indications, à cet égard, dans : Th. Sternberg, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, I Methoden-und Quellenlehre, Leipzig, 1912, p. 151-152.

supérieures de l'ordre juridique lui-même, quelles solutions de droit ne pourront entrer en vigueur, dans le for extérieur, que revêtues d'une estampille officielle, qui les marque comme bonnes pour la vie pratique. — Sans insister, pour l'instant, sur cette question, déjà signalée ailleurs [1], et qui pourra se représenter plus tard à notre examen [2], j'observe que le seul fait de la poser marque bien la place que doivent tenir ici ces instruments nécessaires de la manifestation pratique du droit.

Et pourtant, en mettant les sources formelles, notamment la loi écrite, au premier rang des procédés techniques de la jurisprudence [3], je crains de scandaliser bien des juristes. La loi n'est-elle pas l'essence et comme le tout du droit positif? La ravaler à la fonction de simple moyen technique, n'est-ce pas la découronner et la rabaisser, par là même, la priver de son prestige fécond? — Je déclare, tout d'abord, que je ne recule pas devant la conséquence, que même je m'en réjouis comme d'un résultat franchement désirable; elle seule exprime, en dépit des préjugés courants, le rôle vrai que mérite la loi dans l'ensemble de l'interprétation juridique [4]. — Aussi bien, le paradoxe, qu'on me reprocherait, ne serait qu'apparent. Rien ne doit nous décider ici que la vérité. Or, en présence de la notion de technique juridique, telle que nous

1. Voy. Fr. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899, p. 521-522; 2e éd., 1919, t. II, p. 147-148 (n° **169**). — Comp. une application de cette idée aux causes de récusation admissibles pour les conseils d'administration de sapeurs-pompiers exerçant leurs attributions disciplinaires, dans Conseil d'État, 7 août 1911, *Sirey*, 14. 3. 67 et la note.

2. Voy. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, quatrième partie (à paraître ultérieurement).

3. Ce point de vue me semble impliqué dans certains passages de A. Boistel, *Cours de philosophie du droit*, Paris, A. Fontemoing, 1899, t. II, p. 165-166 (n° **387**). Comp. p. 173-174 (n° **392**) et p. 190 (n° **402**).

4. Comp. Fr. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899, 2e éd. (en deux volumes), 1919.

l'avons fixée pour assurer toute sa valeur propre à cette partie de l'élaboration du droit [1], il n'est pas douteux que la loi écrite, par son caractère artificiel et sa marque volontaire, présente au plus haut point les critères de l'instrument technique. — Vainement dirait-on : la loi est plus que cela, elle est l'expression d'une souveraineté qui s'impose. En fait, d'abord, ceci n'est pas exact. La loi n'est que le résultat d'une opinion; fût-ce celle de la majorité, elle ne saurait prétendre à la domination universelle. En réalité, d'ailleurs, la souveraineté ne réside pas dans l'opinion des hommes. Elle n'appartient qu'à Dieu, ou, si l'on veut, à la justice qui émane de Lui, et devant laquelle nous devons tous nous incliner. Et la justice ne peut ressortir d'un verdict humain, quel qu'il soit. On peut dire qu'elle existe dans la nature largement entendue, à moins que Dieu lui-même ne nous la révèle plus directement [2]. En tout cas, la loi écrite n'en peut fournir que de pâles rayons, comme tout ce qui est œuvre de volonté humaine. La seule valeur qu'elle mérite tient à ce qu'elle répond à une nécessité technique, en conformité de laquelle elle doit être constituée [3]. — Il est vrai que ce point de vue suscite un grave problème, au cas de conflit de la loi écrite avec la justice. Mais, quelque solution qu'il doive comporter [4], la difficulté de ce problème ne saurait compromettre la vérité des termes qui lui donnent naissance.

200. — Ces observations faites, je ne veux pas entrer ici dans une étude plus détaillée des sources formelles

---

1. Voy. ci-dessus, nos **182-184**, p. 16-26. — Comp. nos **179-181**, p. 4-15.

2. Comp. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, II, Paris, 1915, nos **161-164**.

3. Comp. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, I, Paris, 1914, p. 41 (n° **12**); — et, ci-dessus, p. 22 (n° **183**).

4. Voy. ci-après, quatrième partie (à paraître ultérieurement). — Comp. ci-dessus, p. 23 (n° **183**).

envisagées comme procédés techniques. Sous cet aspect, leur importance est telle qu'elles mériteraient un travail distinct [1]. Au surplus — et c'est la raison principale de mon abstention actuelle — je me suis suffisamment expliqué, sur les principaux points de ce sujet, dans l'ouvrage que j'ai consacré à la *Méthode d'interprétation et aux sources en droit privé positif* (Paris, 1899, 2e éd., 1919), et dont les développements, à cet égard [2], s'encadrent aisément dans le vide, que je laisse volontairement ici.

Je rappellerai seulement trois des points de cette théorie qui ont pu paraître particulièrement douteux et que justifie tout à fait la position assignée par moi aux sources formelles parmi les instruments de la technique du droit.

α. En maintenant à la loi écrite son caractère d'une formule de volonté humaine, qu'il n'est loisible d'interpréter qu'en fonction des intentions de ses auteurs, j'ai écarté délibérément l'idée d'après laquelle le contenu de cette formule évoluerait suivant le flux général des choses de ce monde, de telle sorte que son interprétation devrait s'assouplir et se modifier avec le temps [3]. — Ce n'est pas

---

1. Je signalerai, notamment encore, une question intéressante que je ne puis approfondir ici : Le caractère, de moyen essentiellement technique, reconnu à la législation, ne conduirait-il pas à limiter, comme superflue et plus propre à compliquer le sujet qu'à l'éclaircir, la distinction des points de vue, matériel et formel, que la science allemande a introduite dans l'étude de la notion de loi écrite? Comp., sur la distinction précitée : R. Carré de Malberg, *Théorie générale de l'Etat*, t. I, Paris, 1920, nos **91-93**, **99**, **106**. — Cette distinction a été, d'ailleurs, réduite à sa juste mesure par J. Kohler, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, Berlin, C. Heymann, t. I, 1904, p. 89-91 (§ **28**). — J'inclinerais, pour ma part, à l'écarter tout à fait et à considérer que la loi écrite est exclusivement spécifiée par sa forme. Comp. R. Carré de Malberg, *op. cit.*, n° **128**.

2. Fr. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899, 2e éd., 1919, principalement : troisième partie, chapitre premier, nos **91-154**.

3. Comp. Fr. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé*

que je méconnaisse ce que pareille conception offre de séduisant, voire même la vérité réelle qu'elle renferme et à laquelle j'ai cherché à faire une part [1]. Mais j'estime qu'on ne saurait l'accepter dans sa plénitude, sans ébranler la valeur technique qu'il faut absolument maintenir à la loi écrite, et qui exige avant tout une stricte précision du diagnostic de la volonté formulée, où elle trouve sa seule base, ferme et stable [2].

3. C'est pour un motif analogue que je proposais de conserver la notion traditionnelle de la coutume, en affermissant encore ses contours et cherchant ainsi à lui assurer une configuration technique qui permît, au défaut de loi écrite, d'encadrer la vie du droit en des lignes nettement définies [3]. — Contre ces efforts s'élève une critique, purement historique, qui, tenant pour caduque ce qu'elle appelle la conception romano-canonique de la coutume, et prétendant relever, dans tout le passé juridique de l'humanité, la force constamment agissante d'organes sociaux, d'origines et de formes variées, qui révéleraient le droit ou

---

positif, Paris, 1899, 2e éd., 1919, nos **92-108**, spécialement no **97**. — *Adde* dans la 2e éd., 1919, Épilogue, t. II, p. 248-253 (no **190**).

1. Voy. Fr. Geny, *Méthode d'interprétation*, Paris, 1899, p. 229-230 (no **97**); 2e éd., 1919, t. I, p. 264.

2. Comp. Fr. Geny (*La conception générale du droit, de ses sources, de sa méthode, dans l'œuvre de Raymond* Saleilles) dans : *L'œuvre juridique de Raymond* Saleilles, Paris, 1914, p. 19-20 (no **5**); p. 49-50 (no **13**); p. 52-53 (no **14**). — Ph. Heck, *Das Problem der Rechtsgewinnung* (Rede), Tübingen, 1912, p. 38. — *Adde* : R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. I, Paris, 1920, no **238**, p. 712-716.

D'ailleurs, si la formule de la loi ne peut être considérée comme « évoluant » avec le temps, il en est autrement de son interprétation, quand elle dépend de circonstances qui, telles que la loi les formule, auraient changé de contenu ou de signification. Voyez-en un exemple dans note de M. Hauriou, sous Conseil d'État, 22 décembre 1911 et 8 mars 1912, *Sirey*, 13. 3. 105.

3. Voy. Fr. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899, 2e éd., 1919, nos **109-137**, spécialement nos **119-123**. — *Adde* : nos **138-154**.

l'exprimeraient en vertu d'une investiture mystérieuse, semble proposer, en définitive, de confondre purement et simplement la coutume moderne avec la jurisprudence [1], sans paraître apercevoir les difficultés insurmontables qu'offrirait, dans notre état social et d'après nos principes constitutionnels, l'érection, en source formelle du droit positif, des décisions judiciaires réduites à elles-mêmes, avec la mollesse inévitable de leurs lignes et leur dépendance des faits défiant toute généralisation autorisée. — Pareille confusion entre l'influence vague de l'autorité ou de la tradition et la force impérieusement précise de la coutume contredit trop violemment, à mon sens, les exigences légitimes de la technique juridique. Qu'on modifie la notion de la coutume en vue de l'affiner, de l'adapter plus exactement à la vie, j'y consens. Mais l'entreprise ne saurait réussir qu'à la condition de maintenir, à cette source, secondaire aujourd'hui, du droit positif, la précision et la rigueur que requiert, plus que jamais, à l'heure actuelle, toute manifestation impérative de la règle de droit [2].

γ. C'est d'ailleurs aussi parce que, quoi qu'on fasse, la coutume ne saurait, dans les conditions de la vie sociale moderne, offrir, du point de vue technique, une perfection équivalente à celle de la loi écrite, que, jusqu'à meilleur avis, je maintiendrais la prépondérance de celle-ci, en réprouvant comme inadmissible la coutume *contra legem* [3].

---

1. Voy. Ed. Lambert, *La fonction du droit civil comparé*, Paris, 1903, *passim*, notamment p. 111-804. — *Adde :* Fr. Geny, *Méthode d'interprétation*, 2e éd., Paris, 1919, Épilogue, t. II, n° **192**, p. 259-267.

2. Comp. Fr. Geny (*La technique législative dans la codification civile moderne*) dans : *Le Code civil. Livre du centenaire*, Paris, 1904, t. II, p. 991, note 2. — *Adde :* Fr. Geny (*La conception générale du droit, de ses sources, de sa méthode, dans l'œuvre de Raymond* Saleilles) dans *L'œuvre juridique de Raymond* Saleilles, Paris, 1914, p. 50-52 (n° **13**).

3. Voy. Fr. Geny, *Méthode d'interprétation*, Paris, 1899, p. 342-366, 2e éd., 1919, t. I, p. 391-417 (nos **125-129**).

— Assurément, cette solution paraît étrange et sujette à doute pour qui considère la source profonde de l'autorité de la coutume et sa priorité, à la fois rationnelle et historique, sur la loi [1]. Mais, entre deux moyens techniques qui ne valent qu'à ce titre, et dont toute la force réside dans leur adaptation au but, le plus parfait, de ce point de vue, doit évidemment l'emporter en cas de conflit. Il reste donc légitime et même nécessaire, du moins à l'époque actuelle, que la loi écrite puisse brider la coutume et la dominer.

201. — La marque technique, qui apparaît éminente dans la loi écrite, — où, déjà reconnue par Aristote [2], elle l'est encore parfois de la jurisprudence moderne [3], — entraîne, pour la mise en œuvre de cette source formelle, d'autres conséquences dont je signalerai seulement deux principales, susceptibles, l'une et l'autre, on le sentira sans peine, d'amples développements, que je ne puis fournir ici [4].

---

1. Voy. notamment : J. Kohler, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, t. I, Berlin, 1904, p. 78-79 (§ **24**, II).

2. Voy. Aristote, ΗΘΙΚΩΝ ΝΙΚΟΜΑΚΕΙΩΝ, lib. V, cap. VII, notamment § 1, §§ 4-5 et § 7. — ΗΘΙΚΩΝ ΜΕΓΑΛΩΝ, lib. I, cap. XXXIII (*alias* XXXI), §§ 19-21.

3. Notez, par exemple, ce considérant d'un arrêt de la Cour de Nancy, en date du 10 juillet 1909, statuant sur le point de savoir si la grève des postes, de mars 1909, devait être considérée comme ayant suspendu, de plein droit, les délais d'appel en matière civile : « Attendu qu'à la suite de la grève des postes, une proposition de loi analogue (aux décrets des 9 septembre et 3 octobre 1870) fut déposée le 23 mars 1909; qu'elle ne visait, il est vrai, que les prescriptions et péremptions en matière hypothécaire, et qu'elle ne vint pas en discussion; *mais qu'il importe peu, la loi se bornant en pareil cas à reconnaître et à sanctionner les conséquences légales d'un fait, pour couper court aux litiges que les tribunaux, en l'absence de texte, auront à trancher.* » *Sirey*, 1910. 2. 103.

4. *Adde*, sur la nature de la loi écrite : R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, t. I, Paris, 1920, n^os **99-129**, p. 300-377.

D'une part, la création même de la loi donne lieu à une élaboration technique spéciale, qui constitue la condition d'efficacité la plus nette de cet instrument de précision du droit. De là surgit la branche particulière de la technique juridique, qu'on appelle technique législative. — Sans insister ici sur cette matière, dont j'ai présenté l'étude ailleurs[1], je me contenterai d'ajouter qu'il suffit, pour en saisir l'importance, d'observer combien la faiblesse, sous ce rapport, de notre Code civil de 1804 a engendré de difficultés, parfois insolubles, et qu'il eût été souvent fort aisé d'éviter. — On peut s'en rendre compte de la façon la plus simple, en considérant de ce point de vue quelques-uns des textes qui ont prétendu régler à part, et suivant des dérogations plus ou moins graves au droit commun, les libéralités et les contrats entre époux. Si, par exemple, l'idée de constituer entre époux une quotité disponible spéciale, en raison des liens particuliers qui unissent le gratifiant au gratifié, est parfaitement acceptable, cette idée ne se pouvait réaliser heureusement que moyennant une mise en œuvre avisée, qui sût organiser les règles, de façon à accorder la quotité disponible spéciale avec celle du droit commun qui s'y juxtapose nécessairement. Et l'on sait assez qu'à cet égard la technique de l'article 1094 du Code civil est restée tout à fait en défaut. En même temps, l'article 1099, qui sanctionne certaines règles restrictives des libéralités entre époux, est conçu en des termes si peu précis et si équivoques, que l'interprétation la plus déliée ne parvient, ni à spécifier ses sanctions, ni à en mesurer la portée d'une façon pleinement convaincante. Et, si la théorie générale, que les rédacteurs du Code civil ont entendu consacrer relativement aux avantages résultant

1. Fr. Geny, *La technique législative dans la codification civile moderne*, dans : *Le Code civil. Livre du centenaire*, Paris, 1904, t. II, p. 989-1038. — *Adde* les références indiquées ci-dessus, p. 27, note 1 (n° **185**).

entre les époux des stipulations du régime matrimonial, paraît, grâce surtout aux précédents historiques, ressortir assez nette des textes combinés de l'article 1496 et de l'article 1527, alinéa 3, du Code civil, cette théorie perd toute sa clarté dès que la loi elle-même s'avise de l'adapter à certaines clauses matrimoniales spécialement visées par elle, la clause de préciput dans l'article 1516, surtout les clauses de partage inégal de la communauté d'après l'article 1525 combiné avec les articles 1520 à 1524. — En tout cela, d'ailleurs, il n'y a que défaillances de la technique législative, tenant à ce que les auteurs du Code ont négligé de préciser leur pensée ou de la revêtir d'une formule à la fois pleine et limitée. — Semblables défaillances s'observent également dans les textes, qui tendent à fournir des solutions applicables aux situations résultant des divers régimes matrimoniaux, sans avoir égard à la différence nécessaire de ces situations, ainsi dans les articles 818, 1595, 2135 du Code civil français. — Et elles sont encore plus saillantes dans certaines lois spéciales postérieures au Code et qui en complètent les dispositions, par exemple dans la loi du 13 février 1889 réglementant la subrogation à l'hypothèque légale de la femme mariée au profit des acquéreurs d'immeubles grevés de cette hypothèque, par une addition, peu réussie en la forme, à l'article 9 de la loi du 23 mars 1855.

D'autre part, si la loi écrite n'est qu'un moyen technique de la mise en œuvre du droit positif, son interprétation devra s'en ressentir. Et, au lieu de rechercher la volonté du législateur dans les circonstances extrinsèques (travaux préparatoires notamment), qui n'en permettent qu'une induction téméraire, il conviendra de la découvrir seulement dans le texte légal, et, au silence de celui-ci, de tenir la question pour livrée à la discussion libre[1]. —

---

1. Comp. Fr. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899, 2e éd., 1919, nos **103-105**. Rappr. nos **100-102**. — *Adde :* R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, t. I, Paris, 1920, nos **235-237**, p. 704-712.

L'examen du texte, seul revêtement officiel de la décision obligatoire, conduira lui-même à des conséquences différentes, suivant le caractère des dispositions où se réalise l'instrument technique de la loi écrite. Et, sans entrer dans les détails auxquels pourrait nous conduire cette idée, il suffit de signaler, à cette place, que les textes légaux présentent, selon les cas, sous l'un ou l'autre de ces aspects. Tantôt, ils sont conçus par leur auteur comme devant limiter absolument l'interprétation : ce sont des textes raides, insusceptibles d'élargissement ou d'extension ; le législateur qui les édicta a entendu trancher seul tout le débat[1]. Tantôt, au contraire, la formule de la loi s'offre en une forme souple qui invite l'interprète à s'en servir comme d'une assise sur laquelle il élèvera des constructions nouvelles dont le texte n'aura fait que diriger l'élan : ici la loi s'est faite elle-même malléable et féconde. On sent qu'il y a là le principe d'une distinction qui, basée sur le caractère technique de la loi écrite, est de nature à concilier la fermeté de ses décisions avec les exigences nouvelles de la vie[2].

Ces indications suffisent pour justifier le classement, par nous fait, de la loi écrite, comme constituant le type parfait des sources formelles, au premier rang des moyens techniques de l'élaboration du droit positif. La loi écrite, elle-même, emploie les procédés techniques plus généraux que nous allons maintenant envisager. Mais, en les

---

1. Le type s'en rencontre dans le droit pénal, suivant les préceptes : *Nullum crimen sine lege. Nulla pœna sine lege.*

2. Comp. F. Regelsberger, *Gesetz und Rechtsanwendung*, dans *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, 1911-1°, t. LVIII, p. 146-174, qui distingue « starre Gesetzesnormen » et « ausbaufähige Gesetzesnormen ». — Voy., aussi, à propos du « pouvoir discrétionnaire » du juge : Fr. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2e éd., Paris, 1919, n° **176** *bis*, t. II, p. 182-190. *Adde :* Épilogue, t. II, p. 313-315, p. 318-319 (n° **202**) ; p. 327-328 (n° **204**).

empruntant, elle les absorbe, et c'est pourquoi elle paraît souvent contenir seule le droit tout entier.

A peine est-il besoin d'ajouter que la codification ne fait que pousser à l'extrême le rôle technique de la loi et comporte, par suite, la même appréciation[1].

---

1. Comp. Fr. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899, 2e éd., 1919, n° **36**. *Adde :* nos **37-50** et, surtout, nos **52-53**. Voy. encore : 2e éd., 1919, t. II, p. 241-242 (n° **189**).

CHAPITRE QUATRIÈME (XVIII)

DES PROCÉDÉS PLASTIQUES (principalement matériels) DE LA TECHNIQUE JURIDIQUE. FORMALISME ET PUBLICITÉ

SOMMAIRE : **202.** Aperçu des procédés plastiques de la technique du droit.
203. Formalisme juridique, jadis et maintenant. Définition de la forme. Ses divers aspects dans l'histoire du droit. — **204.** Principe du droit moderne, à cet égard. Précision du problème technique de la forme. — **205.** Principales applications de la forme dans le droit privé moderne. — **206.** Caractères généraux de la forme envisagée comme procédé technique.

Aperçu général sur les procédés plastiques.

202. — Le type des procédés techniques spéciaux, celui qui paraît le plus ancien, consiste à enfermer les phénomènes de la vie sociale, — que le droit entend reconnaître, en vue d'en garantir autoritativement les effets, — dans des cadres, presque matériels ou sensibles, et à tout le moins plastiques, qui paraissent nécessaires, pour les spécifier et leur assurer la force de la sanction positive.

D'eux-mêmes, en effet, ces phénomènes *juridiques* se présentent le plus souvent comme des faits ou actes de la volonté humaine, méritant la consécration de l'action en justice. Mais parce que la volonté humaine, en raison de sa spontanéité libre, revêt mille aspects divers qui ne sauraient également tous être pris en considération par le droit, ses manifestations risquent de manquer de la précision indispensable pour discerner celles auxquelles s'attacheront des effets juridiques nettement caractérisés.

Ainsi apparaîtra nécessaire un effort technique tendant à revêtir certaines d'entre elles d'une enveloppe plastique, qui les sépare du chaos des événements quelconques ou des volitions sans portée et les marque du signe de la valeur de droit positif. — Pareil effort s'est appliqué surtout aux manifestations variées, complexes, à vrai dire infinies, de la volonté humaine, visant directement un résultat de droit (actes juridiques); car, si elles tendent à la plénitude de la consécration juridique, elles ont besoin pourtant d'être spécifiées dans leurs éléments essentiels; et même un régime absolu d'autonomie de la volonté ne saurait fonctionner sans une certaine plasticité requise pour caractériser les actes du vouloir déclarés juridiquement efficaces[1]. — Mais la même exigence générale s'étend, bien qu'avec une souplesse plus grande, aux faits de l'homme qui, sans être inspirés d'une intention juridique (faits purs et simples ou matériels), sont reconnus susceptibles de conséquences de droit, tels que délits, quasi-délits, quasi-contrats, etc... Si l'on ne peut les soumettre, comme les précédents, à une sorte de procédure préétablie, que leur nature même exclut, du moins leur reconnaissance par le droit est-elle subordonnée à des critères qui les mettent à part des faits demeurant indifférents. C'est assez pour qu'on puisse parler, ici encore, de procédés plastiques rentrant dans le domaine de la technique juridique.

Quels seront ces procédés? On en conçoit deux sortes principales. — Les uns consistent en éléments extérieurs qui, en principe, ne seront imposés qu'à des actes juridiques proprement dits, pour conditionner leurs effets de droit en

---

1. C'est un point qui a été trop négligé dans l'important travail d'E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, thèse de doct. Droit, Dijon, 1911-*1912*. — Cette étude, si sagace, des limites que rencontre dans l'économie et la morale l'autonomie de la volonté, fait à peine quelques légères allusions aux restrictions qu'elle peut trouver dans la technique. Voy. ses p. 13, 24, 75, 117, 200-205, 357. Comp. p. 214-220, p. 360-367.

les subordonnant à l'accomplissement de certaines solennités extérieures, indépendantes du contenu de la volonté, et qu'on appelle d'un nom générique des *formes*. — Les autres sont empruntés au fond même des actes ou faits et se représentent en des éléments intrinsèques, exigés un peu artificiellement, pour leur assurer la reconnaissance juridique; ils aboutissent à configurer des *catégories* réelles, en dehors desquelles les faits et actes de l'homme restent dépourvus de conséquences dans le for du droit [1].

Formes et catégories répondent ensemble à l'idée d'éléments plastiques de la jurisprudence. En même temps, elles nous montrent que, si la technique consiste en artifices variables, ses procédés ne sont pas arbitraires, mais s'empruntent à la réalité, pour l'adapter à un but défini, suivant les besoins instinctifs ou les utilités reconnues des hommes.

Sans revenir ici sur la succession historique probable de ces procédés [2], c'est assez que nous les retrouvions, les uns et les autres, dans le droit contemporain, pour leur consacrer ici l'étude sommaire que recommande l'objet même de ce travail.

Formalisme et publicité.

203. — On a beaucoup écrit sur le formalisme juridique et, sans doute, il serait vain de prétendre y découvrir un champ d'investigation nouveau. Toutefois, c'est surtout le formalisme de législations archaïques, et avant tous autres le formalisme romain, qui a retenu l'attention des chercheurs. On a vu là un phénomène étrange, à tout le moins quelque peu énigmatique, dont il a paru intéressant

1. Comp. Fr. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899, p. 155-156, 2e éd., 1919, t. I, p. 172-173 (n° **77**).

2. Voy. ci-dessus, p. 49-51 (n° **194**). — Et, sur les catégories réelles, voy. *infra*, chapitre cinquième (XIX), nos **207-213**.

de scruter l'essence, de dégager les causes profondes, de déterminer les lois, de retracer l'évolution[1]. Et, tout en découvrant à sa base quelques éléments rationnels, on n'a pu généralement s'empêcher de le considérer comme le résidu d'un instinct primitif et de tenir pour un progrès la tendance des droits modernes à s'émanciper, de plus en plus, des solennités extérieures, pour apprécier, en eux-mêmes et d'après la pensée intime qui les inspire, les faits et actes des hommes, se jouant dans leurs rapports réciproques[2].

Sans perdre le profit de ces recherches, je dois, ici, me placer à un point de vue différent. Envisageant la forme comme un procédé technique, indispensable, dans quelque mesure, à toute jurisprudence, je veux surtout considérer, rapidement et sommairement, son rôle dans le droit moderne. Et, au lieu d'en analyser les aspects curieux ou

---

1. Cons., entre autres : F.-C. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, § 130, t. III, Berlin, p. 237-242 ; trad. franç., Ch. Guenoux, *Traité de droit romain*, § cxxx, 2e éd., t. III, Paris, 1856, p. 242-246. — R. von Jhering, *Geist des römischen Rechts*, zweiter Theil, zweite Abtheilung, III, B. III, §§ 45-47 (4e A.), Leipzig, 1883, t. III, p. 470-674. *Esprit du droit romain*, trad. de Meulenaere, §§ 50-57, 3e éd., t. III, Paris, 1887, p. 162-365. — W. Arnold, *Cultur und Recht der Römer*, Berlin, 1868, p. 310-315. — Hue, *Mémoire sur le formalisme dans l'ancien droit romain*, dans *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, 1861, t. X, p. 21-145. — H. Dubaut, *De la forme, de ses caractères et de ses règles en droit romain*, thèse de doct., Droit romain, Nancy, 1881-1882. — Ed. Cuq, *Les institutions juridiques des Romains*, I. L'ancien droit, Paris, 1891, p. 719-723 (passage non reproduit dans la 2e édition de 1904); adde, t. II, 1902 et 1908, p. 52-53, p. 134, p. 376, p. 655. — P. F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 6e éd., Paris, 1918, p. 26, p. 292-294, p. 298-299, p. 440-443, p. 697-700, p. 824, p. 849-850, p. 928, p. 985, p. 987. — Comp. Fr. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899, p. 155-156 ; 2e éd., 1919, t. I, p. 172-173 (n° 77). — Cons. aussi L. Seuffert, *Zur Geschichte der obligatorischen Verträge*, Nördlingen, 1881.

2. Voy. encore : Th. Sternberg, *Einführung in die Rechtswissenschaft* (2 A.), I. Methoden und Quellenlehre, Leipzig, Göschen, 1912, p. 45-50 (§ 3, nos 3-4).

pittoresques, je m'attacherai, suivant les visées propres de mon travail, à reconnaître, dans ses applications, encore variées à l'heure présente, la marque de la réflexion et de l'activité humaines, en vue de l'exacte adaptation des moyens aux buts, de façon à discerner, en même temps, sous l'inspiration d'une saine critique, en quel sens le formalisme du droit peut encore être, avec avantage, dirigé et même développé, à l'époque contemporaine[1].

Avant d'aller plus loin, il importe de définir la forme, telle que nous la considérons ici, c'est-à-dire en tant que procédé technique de l'élaboration du droit. — La notion de forme implique, d'abord, celle d'un élément, extérieur et sensible, destiné à envelopper les circonstances, immatérielles de leur nature[2], telles que les actes de volonté ou les faits de la vie sociale, d'où proviennent les situations juridiques, que traduisent les droits subjectifs. Cet élément, extérieur et sensible, bien qu'il puisse être en rapport de symbole ou d'image représentative avec les événements qu'il revêt, offre, dans la précision de sa structure, quelque chose d'artificiel, qui en fait un élément *technique*[3]. Mais, pour qu'il appartienne à la technique *juridique* et par suite pour qu'il s'agisse de *formes juridiques*, à propre-

---

1. Cons. P. Mœneclaey, *De la renaissance du formalisme dans les contrats en droit civil et commercial français*, thèse de doct. Droit, Lille, 1913-*1914*; travail consciencieux et excellent, où se trouvent nettement dégagés les mérites et les caractères des formes juridiques modernes. — On pourra lire aussi des observations intéressantes, touchant le rôle juridique de la forme (à propos des nullités-sanctions du défaut de forme), dans R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, thèse de doct. Droit, Dijon, 1908-*1909*, p. 233-262.

2. Alors même qu'elles se traduisent matériellement, ce sont, en soi, des considérations morales ou économiques, donc des notions d'ordre idéal, qui engendrent les règles et les institutions juridiques. — Voy. Fr. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, II, Paris, 1915, chapitre neuvième (XIV), notamment n° **165**, p. 366-369. Comp. nos **169-174** *bis*, p. 380-415.

3. Suivant la notion de la technique juridique, présentée ci-dessus, nos **182-184**, p. 16-26.

ment parler, il faut encore, que les manifestations envisagées soient requises, à peine d'inefficacité juridique (absence de sanction sociale), à un degré quelconque, des circonstances, proprement constitutives du droit, qu'elles ne font pourtant qu'enrober. — Sans doute, on rencontre, dans la vie des affaires, bien des expressions sensibles d'actes de volonté ou d'événements divers, qui servent, même à mieux caractériser ceux-ci, en vue d'en assurer les effets. Tels sont tous ces modes, par lesquels l'ingéniosité humaine s'évertue à donner aux conventions, les plus libres, une détermination et un relief qui évitent, le mieux possible, toutes contestations ultérieures. Mais, si l'on parle, parfois ici, de « forme libre », il faut dire que la « forme libre » n'est pas une « forme juridique », au sens plein du mot. Elle répond à la notion de mœurs[1], ou d'usages de fait, sans force obligatoire[2]. Il est vrai qu'elle peut servir à éclairer, à simplifier, à aplanir les situations juridiques. Toutefois, tant qu'elle n'est pas nécessaire pour les constituer, en quelque mesure, de telle sorte, qu'à son défaut, le droit refuse ou restreigne sa sanction, elle n'apparaît pas comme élément essentiel et intégrant de l'organisation juridique positive[3]. Et, si on peut la faire rentrer dans une certaine technique de la vie sociale, cette prétendue « forme libre » ne saurait compter dans la technique du droit. — L'exigence, qui s'aperçoit ici, se traduit bien dans la distinction que les philosophes du droit romain ont souvent présentée entre la formule et le formulaire[4];

---

1. Comp. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, I, Paris, 1914, p. 46-47 (nº **15**).

2. Comp., sur les « usages conventionnels » : Fr. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899, 2e éd., 1919, nos **130-132**. *Adde* : nº **133**.

3. Cela résulte de la notion même du droit positif. — Sur cette notion, voy. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, I, Paris, 1914, nos **16**, p. 47-52. *Adde* : nos **17-18**, p. 52-57.

4. Sur cette distinction, cons. notamment : R. von Jhering, *Geist des römischen Rechts*, zweiter Theil, erste Abtheilung, 4 A., t. II,

celui-ci, consistant en un modèle imaginé et affiné par une pratique expérimentée, sorte de recette destinée à assurer la marche d'une volonté incertaine et à la prémunir contre les pièges tendus à son ingénuité; celle-là, représentant un cadre indispensable à l'effet d'obtenir tel résultat juridique précisément voulu; le premier, simple application d'une prétendue « forme libre »; la seconde, seule, comme expression de la forme proprement dite, instrument caractérisé de la technique du droit. Sans doute, le formulaire prépare souvent la formule, les manifestations libres sont les précurseurs des formes juridiques [1]. Aussi longtemps, pourtant, que ce dehors artificiel reste étranger à l'efficacité des éléments de fond sur le terrain juridique, marqué du signe de la contrainte sociale, on ne saurait y voir une pièce essentielle du mécanisme du droit. A l'inverse, il suffit que l'élément extérieur conditionne, en quelque mesure, l'effet juridique produit par l'événement qu'il enveloppe, pour qu'il mérite la qualification de forme, au sens proprement technique, quand même, sans influencer directement son existence, il apporterait seulement plus d'énergie à son action [2]. — Finalement, et du point de vue

---

Leipzig, 1880, p. 300-303 (§ **36**); zweiter Theil, zweite Abtheilung, 4 A.; t. III, Leipzig, 1883, p. 454 (§ **44**), p. 578-582 (§ **47**, *a*). *Esprit du droit romain*, trad. de Meulenaere, 3e éd., t. II, 1886, p. 297-300 (§ **41**); t. III, 1887, p. 147 (§ **49**), p. 270-274 (§ **54**).

1. Comp. R. von Jhering, *Geist des römischen Rechts*, II Th., 1 Abth., 4 A., t. II, Leipzig, 1880, p. 301 (§ **36**). *Esprit du droit romain*, trad. de Meulenaere, 3e éd., t. II, 1886, p. 298 (§ **41**).

2. Ainsi, par exemple, quand on constate, par écrit, un acte juridique, qui pourrait être prouvé par d'autres moyens, même par témoins ou par présomptions, la forme écrite a pourtant une vertu propre; notamment, elle exclut toute preuve par témoins contre et outre le contenu à l'acte (art. 1341 C. civ. français). De même, dans les cas, où, un écrit sous seing privé suffisant pour constater juridiquement leur convention, les parties préfèrent un acte notarié, qui leur procure certains avantages juridiques spéciaux (force probante plus énergique, formule exécutoire). — Sur l'*écrit*, considéré comme forme, cons. L. Seuffert, *Zur Geschichte der obligatorischen Verträge*, Nördlingen, 1881, p. 31-33 (§ **4**), p. 170 (§ **17**).

où nous sommes placés, nous définirions donc la forme, tout élément sensible, qui revêt extérieurement un phénomène de nature à produire création, modification, extinction ou transfert de droit subjectif socialement sanctionné, et dont ce résultat dépende, en quelque mesure, suivant les exigences, de l'organisation juridique du moment[1].

Ainsi entendue, la forme paraît essentielle à toute jurisprudence ; et, si elle a pu rester étrangère aux périodes, qui ont précédé l'état social organisé[2], elle a dû apparaître dès les premiers essais d'une organisation juridique, digne de ce nom. — Primitivement, elle semble répondre à un instinct de l'homme, vivant en société, à son amour pour les dehors plastiques ou symboliques, qui illustrent et égaient la vie d'un décor, où la sensibilité supplée aux infirmités de l'intellect. Spontanément, l'homme tend à extérioriser, à revêtir de signes, concrets et apparents, ce qui est phénomène psychologique, abstrait et interne (donc caché), par essence. Cela n'est pas sans utilité. Et notamment, une fois établie leur nécessité en droit, pareilles formes permettront de discerner, à coup sûr, ce qui est proprement juridique, comportant par suite la contrainte de l'autorité sociale, de même, que, en un autre domaine, des formes différentes spécifieront ce qui est sacré ou religieux avec les conséquences attachées à ce caractère[3]. —

1. Comp. H. Duhaut, *De la forme, de ses caractères et de ses effets en droit romain*, thèse de doct. Droit, Nancy, 1881-*1882*, p. 12-13.

2. Comp. R. von Jhering, *Geist des römischen Rechts*, II Th., 1 Abth., 4 A., t. II, Leipzig, 1880, p. 299-300 (§ **36**). *Esprit du droit romain*, trad. de Meulenaere, 3e éd., t. II, 1886, p. 296-297 (§ **41**).

3. Comp. R. von Jhering, *Geist des römischen Rechts*, erster Theil, 5 A., t. I, Leipzig, 1891, §§ **18-18** *a*, p. 265-307 ; p. 340-356 (§ **21**), notamment, note 247, p. 350 ; — zweiter Theil, erste Abtheilung, 4 A., t. II, Leipzig, 1880, § **23**, p. 8-18 ; p. 25-26 (§ **24**) ; p. 50-51 (§ **26**) ; — dritter Theil, erste Abtheilung, 4 A., t. IV, Leipzig, 1888, p. 227 (§ **55**). — *Esprit du droit romain*, trad. de Meulenaere, 3e éd., Paris, t. I, 1886, §§ **21-22**, p. 266-301 ; p. 334-352 (§ **25**), notamment note 338, p. 344 ; t. II, 1886, § **27**, p. 9-19 ; p. 25-26 (§ **28**) ; p. 49-50 (§ **30**) ; t. IV, 1888, p. 220 (§ **65**).

Mais, à vrai dire, c'est d'abord l'instinct, plus que le raisonnement, qui introduit, multiplie et complique les formes juridiques. Et, c'est ce que nous pouvons observer dans la période préclassique du droit romain, où se développe un système, extrêmement copieux et enchevêtré, de signes, d'actions, de paroles, qui traduisent plastiquement les événements de la vie juridique [1], et qu'une jurisprudence ingénieuse devait féconder encore, en y rattachant tout un jeu d'actes, apparents ou dénaturés, destinés à utiliser la forme en vue de buts nouveaux [2]. — Ceux-ci annonçaient une nouvelle adaptation du formalisme juridique, la seule qui puisse nous intéresser ici, sa première phase, purement instinctive ou spontanée, ayant perdu toute importance aujourd'hui et restant, par ailleurs, étrangère à la notion d'une technique consciente, susceptible, dès lors, de se perfectionner elle-même [3].

Plus tard, en effet, à la sensibilité et à l'instinct succéderont l'intelligence et la réflexion. On « évaluera » les formes, au lieu de les pratiquer de façon aveugle. Dès lors, on en reconnaîtra les inconvénients : gênes, retards, complications, frais, entraves de toutes sortes. En revanche, on apercevra leurs avantages possibles : attention éveillée et prémunie contre les pièges tendus à la volonté; certitude et précision du fait juridique décisif, en vue d'assurer son effet propre ; conservation de sa preuve, grâce

1. Voy. R. von JHERING, *Geist des römischen Rechts*, zweiter Theil, zweite Abtheilung, 4 A., t. III, Leizig, 1883, §§ **47-47** *d*, p. 560-674. — *Esprit du droit romain*, trad. de MEULENAERE, 3e éd., t. III, Paris, 1887, §§ **53-57**, p. 253-366.

2. Voy. R. von JHERING, *Geist des römischen Rechts*, dritter Theil, erste Abtheilung, 4 A., t. IV, Leipzig, 1888, §§ **58**. p. 277-310. Comp. zweiter Theil, zweite Abtheilung, 4 A., t. III, Leipzig, 1883, § **46**, p. 518-560. — *Esprit du droit romain*, trad. de MEULENAERE, 3e éd., Paris, t. IV, 1888, § **68**, p. 267-301. Comp. t. III, 1887, § **52**, p. 210-252.

3. *Adde*, pour une comparaison du droit romain et du droit germanique, en matière de formalisme : W. ARNOLD, *Cultur und Recht der Römer*, Berlin, 1868, p. 310-315 (II, III, 3).

au côté sensible des solennités. — Le résultat de ces appréciations, à la fois expérimentées et raisonnées, ne sera pas tant la suppression des formes, que leurs mérites rendent indispensables à la vie sociale, mais simplement leur transformation dans un sens, qui se peut exprimer en deux mots : au formalisme, instinctif et symbolique, du début se substitue, de plus en plus, un formalisme réfléchi et utilitaire. Ce dernier est le seul dont il puisse être question dans le droit moderne[1]. Et, sans rechercher davantage comment il s'est peu à peu établi[2], c'est en le prenant en son état actuel, que nous devons nous y arrêter, à cette place, pour l'envisager comme instrument ou procédé de la technique juridique.

204. — Nous pouvons prendre comme point de départ ce principe, que le droit moderne est — comme on le dit parfois d'une façon, peu exacte au point de vue d'une saine terminologie philosophique, mais trop expressive pour que nous l'abandonnions — essentiellement *spiritualiste*; c'est-à-dire, que les faits et actes, reconnus aptes à engendrer des conséquences de droit, sont considérés en eux-mêmes comme entités immatérielles, indépendamment des manifestations qui n'en sont que le signe extérieur. C'est ainsi, par exemple, que, dans le contrat, le résultat juridique est issu de l'accord des volontés, opération essentiellement interne que les dehors ne font que révéler (consensualisme); et, si nous prenons un fait dommageable, tel qu'un délit, nous apercevons, qu'ici encore, l'effet

1. Comp. Fr. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899, p. 171; 2e éd., 1919, t. I, p. 189 (n° **81**). — *Adde* : P. Moeneclaey, *De la renaissance du formalisme dans les contrats en droit civil et commercial français*, Paris, 1914, *passim*, notamment première partie, p. 19-39; p. 147, note 2; p. 196-197.

2. Voy. quelques indications, résumées dans A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, 2e éd., Paris, 1920, p. 264-267.

uridique est attaché à une circonstance morale (préjudice ausé sans droit et dans des conditions qui le rendent imputable à son auteur), dont les faits externes ne constituent pas 'indice apparent. — Toutefois, dans un cas comme dans 'autre, l'enveloppe du phénomène caché est, en quelque mesure, indispensable pour le faire admettre dans le domaine du droit : d'une part, en effet, un mouvement de pensée, purement intérieur, ne saurait, sans un minimum d'extériorisation, compter pour la vie pratique de l'humanité, comme l'exprime, pour les actes juridiques, la maxime connue : *propositum in mente retentum non operatur;* d'autre part, en l'absence d'une matérialisation quelconque, on n'aperçoit pas comment les circonstances de la vie du droit seraient susceptibles (réserve faite de l'aveu et du serment, preuves assurément exceptionnelles, surtout en matière civile) de cette preuve, en l'absence de laquelle le droit est vraiment comme s'il n'existait pas : *non deficit jus sed probatio.* — Mais, tant qu'on s'en tient à cette exigence naturelle de la manifestation strictement indispensable du phénomène juridique, on ne saurait parler de formes, du moment que cette manifestation peut avoir lieu de mille façons, dont le choix est libre. Et, rien n'est changé, sous ce rapport, si l'on parle de déclaration de volonté au lieu d'envisager l'existence même de la volonté dans la formation des actes juridiques [1], ou si, pour déterminer les conditions de la responsabilité extracontractuelle, on fait dépendre l'imputabilité d'un lien strict de causabilité entre le dommage et son fait générateur [2],

1. Voy., pour le principe : G. Dereux (*Étude des diverses conceptions actuelles du contrat*), dans *Revue critique de législation et de jurisprudence,* 1901, nouvelle série, t. XXX, p. 515, p. 516-535, notamment, p. 532, où est signalé le rapprochement du formalisme. — R. Saleilles, *De la déclaration de volonté,* Paris, 1901 ; — et, sur cet ouvrage, compte rendu de Fr. Geny, dans *Annales de droit commercial,* 1901, t. XV, première partie, p. 335, *in fine.*

2. Voy., pour le principe : R. Saleilles, *Les accidents du travail et la responsabilité civile,* Paris, 1897, p. 12 (nº **7**), p. 20 (nº **12**), p. 36

plutôt que de la faute subjective de l'auteur. Ce ne sont là que des simplifications des conditions normales de la règle juridique, analogues à cette « substitution du quantitatif au qualitatif », où nous avons vu comme la quintessence des procédés de la technique juridique [1]. Il n'en reste pas moins vrai, que le droit moderne consacre, en principe, les situations juridiques, issues des phénomènes internes, suffisamment révélés dans la vie sociale, sans les assujettir à des formes déterminées et imposées comme telles : ce qui nous permet de considérer comme étant à sa base une idée générale de non formalisme.

Dès lors, l'exigence de formes, au sens précisé plus haut [2], reste exceptionnelle et doit s'expliquer par des considérations, qui imposent, en vue d'une certaine utilité, des éléments extérieurs s'ajoutant aux éléments de fond, pour leur assurer une efficacité, plus ou moins entière, dans le domaine du droit.

Or, il semble que pareille exigence n'ait toute sa raison d'être qu'à l'égard d'actes juridiques, c'est-à dire d'actes de la volonté de l'homme dirigée vers un but de droit. Car, si l'on peut imposer à semblable volonté de revêtir certains dehors, qui justifient, pour elle, la sanction du droit, on ne voit pas comment s'expliquerait la même nécessité, quant à des faits purs et simples ou matériels, qui, étrangers, de soi, à toute préoccupation juridique directe, se produisent, sans que les intéressés puissent veiller à leur manifestation sous des formes précisément prescrites. — Pourtant, l'utilité des formes a paru si générale,

---

(nº **22**); nºs **26-58**, p. 42-79; nº **62**, p. 84-86; — et comp., pour l'application : R. Guex, *La relation de cause à effet dans les obligations extracontractuelles,* dissertation-thèse, Lausanne, *1904*-1905. — P. Marteau, *La notion de causalité dans la responsabilité civile,* thèse de doct. Droit, Aix-Marseille, *1913*-1914.

1. Voy. ci-dessus, p. 48 (nº **193**) et nº **196**, p. 52-59. — *Adde :* p. 59-69 (nº **197**).

2. Ci-dessus, p. 95-96 (nº **202**).

que la législation en a parfois étendu l'exigence à des faits matériels, dont la constatation formelle pouvait, à défaut des intéressés directs, être demandée à des personnes, qui les représentent en quelque sorte pour l'intérêt dont il s'agit. Et, c'est ainsi que certains faits d'état civil, qui ne peuvent aucunement passer pour des actes de volonté juridique, les naissances et les décès, ne sont régulièrement constatés que suivant les formes imposées aux actes de l'état civil et moyennant des conditions à eux propres (art. 45-46 C. civ. français); de même que notre loi veut une intervention judiciaire, éminemment formelle, pour attester les diverses phases de l'absence d'une personne (art. 112, 115, 120, 129 C. civ. franç.); et l'on retrouve encore une exigence analogue, d'après la loi ou la coutume, pour quelques faits d'intérêt juridique, qui peuvent difficilement passer pour des actes de volonté à effet de droit, les inventaires et actes de notoriété après décès, par exemple.

Mais, — réserve faite des cas de ce genre, qui nous entraînent au delà du commerce juridique normal, vers l'intervention de l'autorité publique dans un intérêt d'ordre général et par la voie de la procédure[1], — il demeure vrai que la théorie des formes ne trouve son domaine propre d'application, qu'en face des actes de volonté, tendant directement à des conséquences de droit et qui méritent le nom d'actes juridiques.

Et, notre terrain ainsi déblayé, il s'agit seulement, maintenant, de répondre à la question suivante : quand et pourquoi les actes juridiques ne pourront-ils obtenir, par exception au principe du non formalisme[2], la plénitude de leurs effets, que moyennant des formes, telles qu'elles ont été définies plus haut[3] ?

---

1. Les formes de procédure sont, d'ailleurs, au premier rang des formes juridiques. Comp. ci-après, p. 114-115 (n° **203**).
2. Voy. ci-dessus, p. 103-105 (n° **204**).
3. Voy. ci-dessus, p. 95-96 (n° **202**).

205. — Or, si nous considérons, de ce point de vue, les principales applications de la forme juridique, que présente le droit privé moderne, nous en discernons aisément plusieurs variétés, répondant à des utilités distinctes, et que, sans prétendre en offrir ici une classification exhaustive, nous pouvons, je crois, en nous tenant le plus près possible de la terminologie courante, spécifier comme il suit : *a*) formes solennelles ; *b*) formes probatoires ; *c*) formes de publicité ; *d*) formes habilitantes ; *e*) formes de procédure ou d'exécution ; *f*) formes fiscales. — Quelques observations, sur chacune de ces variétés, nous permettront de bien saisir le rôle technique de la forme, dans l'organisation juridique moderne [1].

a) C'est dans les *formes*, dites *solennelles*, qu'apparaît, au plus haut point, et, pour ainsi dire, dans toute sa plénitude, le sens profond de la théorie juridique de la forme. Il s'agit, en effet, ici, de manifestations extérieures, que le droit positif impose à un fait interne (généralement un mouvement ou une rencontre de volontés), et, en l'absence desquelles, ce fait n'atteint pas son but dans le domaine juridique, à tel point qu'il serait comme n'existant pas (inexistant ou non avenu), sous ce rapport. — On sait que l'exigence de formes solennelles est exceptionnelle dans le droit moderne, et qu'elle s'y restreint à un petit nombre d'actes juridiques (mariage — reconnaissance d'enfant naturel — adoption — donation entre vifs — testament — contrat de mariage — renonciation à succession ou à communauté — acceptation sous bénéfice d'inventaire — contrat hypothécaire et actes similaires — subrogation consentie par un débiteur que paye un tiers, etc.), — ou de faits assimilés (faits d'état civil), qui ont paru particulièrement graves ou complexes. — Les solennités requises

1. Comp. Fr. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899, p. 167, texte et note 2; 2e éd., 1919, t. I, p. 184, texte et note 4 (n° 80).

varient avec les actes qu'elles entourent; et si, en général, elles consistent dans l'intervention de l'autorité publique, chargée de *recevoir* les volontés déclarées ou les témoignages (actes de naissance, de décès) et d'en dresser comme un procès-verbal authentique, elles peuvent se ramener à des exigences plus simples et d'ordre privé, comme on le voit pour le testament olographe (art. 970 C. civ.), qui, bien qu'essentiellement privé, rentre, assurément, par sa fonction juridique, dans la classe des actes solennels, et pour nombre d'actes à tendances commerciales (titres négociables, par exemple), assujettis à des formalités de plus en plus simples [1]. — Quelles qu'elles soient, ces solennités répondent à l'utilité, fondamentale et originaire [2], de la forme juridique. Avant tout, elles tendent à caractériser et individualiser juridiquement l'acte qu'elles revêtent, en le distinguant tant des faits ordinaires (non juridiques) de la vie courante que de tout autre acte juridique. En même temps, elles provoquent l'attention des particuliers, qui consentent ou témoignent, et protègent leur intelligence et leur volonté contre les défaillances possibles. Elles peuvent aussi parfois assurer mieux le diagnostic ultérieur des volitions et garantir leur conservation, en vue de la preuve éventuelle à en fournir. — Certains de ces avantages sont tels, que les parties voudront quelquefois, sans y être astreintes, se les ménager spontanément. Et, c'est ainsi qu'on voit ceux qui viennent de conclure un contrat, non solennel de sa nature, stipuler expressément que leurs accords ne seront juridiquement efficaces, que constatés par écrit, voire même revêtus de la forme notariée, et que jusque-là chacun d'eux pourra se raviser. En pareil cas, d'ailleurs, on ne peut parler de forme solennelle, puisque

1. Sur ces derniers actes, voy. ci-après, p. 116-117, texte et note 1 de la p. 117 (n° **205**, *in fine*).

2. Comp. ci-dessus, p. 95-96 (n° **202**). — *Adde :* P.-F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain,* 6e éd., Paris, 1918, p. 441-444.

l'exigence introduite ne provient que d'un jeu libre de l'autonomie de la volonté, qui, seul, en doit préciser la portée [1]. — Mais, avant tout, on aperçoit que les formes solennelles représentent bien un procédé technique, puisqu'elles consistent en un artifice, susceptible de variétés infinies en vue d'un but, que les éléments naturels (ou scientifiques) du droit ne permettent pas, à eux seuls, d'obtenir [2].

b) Les *formes probatoires* ne sont, à bien dire, qu'un diminutif des précédentes. Dans tout droit positif, qui consacre, plus ou moins, un système de preuves légales, celles-ci ne peuvent consister qu'en éléments de manifestation extérieure, au défaut desquels le fait juridique décisif, dans tel cas donné, n'est pas établi, ou ne peut l'être qu'avec une efficacité restreinte. Tel est bien, en quelque mesure, le système de notre droit français moderne, du moins quant aux actes juridiques proprement dits. Ceux-ci (par opposition aux faits matériels) doivent, lorsque l'intérêt engagé excède 150 francs, parfois même sans cette limite (art. 1715-1716, 2044, al. 2, 2085, al. 1 C. civ. franç. — art. 39, 41, 195, 273, 311, 332 C. comm.), être constatés par écrit; à défaut de quoi, la preuve par témoins ou par présomptions simples en est exclue (art. 1341 et 1353 C. civ.); et la loi s'est ingéniée à assurer et renforcer la

---

1. Comp. *Code fédéral des obligations*, revisé le 30 mars 1911, article 16 : « Les parties, qui ont convenu de donner une forme spéciale à un contrat pour lequel la loi n'en exige point, sont réputées n'avoir entendu se lier que dès l'accomplissement de cette forme. — S'il s'agit de la forme écrite, sans indication plus précise, il y a lieu d'observer les dispositions relatives à cette forme, lorsqu'elle est exigée par la loi. »

2. Comp. P. Moeneclaey, *De la renaissance du formalisme dans les contrats en droit civil et commercial français*, Paris, 1914, deuxième partie, Des contrats solennels par intervention d'officier public, p. 41-58; quatrième partie, Des contrats solennels à formalités simples, p. 145-193. — *Adde*, sur les contrats solennels en droit français moderne : Beudant, *Cours de droit civil français*. Les contrats et les obligations, Paris, 1906, nos **255-263**, p. 138-145.

rigueur de cette exigence (art. 1342-1346 C. civ.). Que si l'intéressé conserve toujours la ressource de l'aveu de son adversaire ou du serment déféré à celui-ci, ces preuves, qui le laissent à la discrétion de l'autre partie, ne peuvent certainement passer pour assurer la même efficacité à son droit. Le commencement de preuve par écrit, d'où résulterait pour lui une condition meilleure (art. 1347 et art. 1353 C. civ.), est, en réalité, une demi-satisfaction à la loi et peut, ainsi, passer pour rentrant dans l'exigence de la forme. D'autre part, et même dans les cas où l'écrit ne serait pas nécessaire (actes juridiques d'un intérêt inférieur à 150 francs en général), sa rédaction a pour résultat d'écarter toute preuve par témoins ou par présomptions simples contre et outre son contenu (art. 1341 et 1353 C. civ.); et c'est encore là un supplément d'efficacité attaché à la forme préférée par la loi, sans compter les énergies plus grandes conférées, sous le rapport probatoire, à l'instrument authentique (art. 1319, 1322 C. civ.). — Sans doute, toutes ces prescriptions (auxquelles s'ajoutent celles relatives aux détails des diverses preuves; voy., par exemple, art. 1325-1328) ne visent que la preuve même des actes, dont l'existence reste indépendante des moyens d'en justifier. Mais, en réalité, l'existence juridique d'un fait dépend tellement de sa preuve, que celle-ci en reste la première condition d'efficacité. Nous savons, d'ailleurs, que les formes solennelles elles-mêmes ne demeurent pas étrangères, par leur but, à la preuve des actes qui les requièrent[1]. Et parfois, on peut se demander si telle

1. Voy. ci-dessus, p. 102-103 (n° **203**). — Sur le rapport des exigences de preuve avec le formalisme, comp. A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, 2e éd., Paris, 1920, p. 266-267; — et surtout : H. Capitant, *Étude critique des restrictions apportées par les articles 1341 du Code civil français et du Code civil italien à la recevabilité de la preuve testimoniale*, dans *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1917-1918, t. XIV, p. 190-226; notamment p. 194-197, p. 209-210, p. 215-216. — *Adde* : J. Godron, *La question de la liberté de la preuve en droit anglais*, *ibid.*, p. 226-238.

exigence de la loi est une simple forme probatoire, ou, plutôt même, une forme solennelle. Ainsi, la disposition de l'article 1907, alinéa 2, du Code civil, aux termes de laquelle « le taux de l'intérêt conventionnel doit être fixé par écrit », bien que conçue à l'image de celles relatives à la preuve (art. 1715, 2044, al. 2, 2085, al. 1)[1], se rapproche singulièrement des règles qui imposent certaines formes à peine d'inexistence même de l'acte juridique. De fait, elle tend à protéger l'emprunteur en imposant à l'usure « le frein de la honte »[2]; et son inobservation semble devoir annihiler la stipulation d'intérêt conventionnel en tant qu'elle excéderait le taux de l'intérêt légal[3]. Et il y aurait lieu à une observation analogue, au sujet des formes, de portée équivoque, telles que celles établies par la loi du 18 juillet 1907 (art. 1-3), pour constater l'adhésion facultative à la législation concernant les responsabilités des accidents du travail de la part des employeurs non assujettis à cette législation ou le retrait ultérieur de leur adhésion[4]. J'en dirai autant de l'exigence

1. Voy., en ce sens : L. Guillouard, *Traités du prêt, du dépôt et du séquestre,* n° **125**. — Comp. Colmet de Santerre, *Cours analytique de Code civil,* t. VIII, n° **115** *bis* XII, cbn. t. V, n° **289** *bis* IV.

2. Voy. discours du tribun Albisson au Corps législatif, dans P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil,* t. XIV, Paris, 1836, p. 473. — *Adde :* rapport de Boutteville au Tribunat; *ibid.*, p. 462-463.

3. Comp. Aubry et Rau, *Cours de droit civil français,* § **396**, texte et notes 19-20, 5e éd. E. Bartin, t. VI, p. 109. *Adde :* texte et note 26 *bis*, p. 112. — La jurisprudence ne paraît pas nettement fixée sur ce point. Comp. Req. rej., 30 juillet 1895, *Sirey,* 96. 1. 353 à Req. rej., 10 décembre 1902, *Sirey,* 1907. 1. 459 et Req. rej., 27 avril 1909, *Sirey,* 1909. 1. 375.

4. Comp., dans un sens différent : M. Cabouat, *De l'extension du risque professionnel aux entreprises commerciales, aux employeurs et employés non assujettis et aux délégués à la sécurité des ouvriers mineurs,* t. I, Paris, 1914, nos **113-114**, p. 123-124. — Voy. aussi, relativement à la convention collective de travail, l'article 31 *c*, al. 1, du Code du travail et de la prévoyance sociale, liv. I, tit. II, chap. v, d'après la loi du 25 mars 1919, art. 1 ; et, sur ce texte : R. Morel, dans *Revue trimestrielle de droit civil,* 1919, t. XVIII, p. 438.

d'un écrit pour l'autorisation maritale donnée aux actes extrajudiciaires de la femme mariée[1]. — Au total, nous relevons, dans les formes probatoires, une partie de l'élément technique, que nous offraient plus pleinement les formes solennelles : il s'agit d'assurer, au moyen d'artifices empruntés à l'extériorisation du droit, une justification, qui, abandonnée à la liberté des constatations judiciaires, manquerait de certitude et de précision[2].

c) Les *formes de publicité* répondent à un but quelque peu différent. Et, si l'on peut les considérer comme incluses en quelques-unes des solennités primitives, qui, par leur constitution même, tendaient à divulguer les actes qu'elles revêtaient, elles restent distinctes et indépendantes des formes solennelles du droit moderne, étrangères, en général du moins, à tout effet de notoriété sérieuse. — Normalement, en effet, les actes juridiques se réalisent pleinement par la réunion des conditions nécessaires à leur formation et sans manifestation de nature à les faire connaître à d'autres qu'aux parties qui les concluent, parfois sous l'autorité ou le contrôle d'officiers publics et de témoins astreints au secret. Et, en principe, cela paraît suffisant pour justifier l'effet attaché à l'acte des volontés autonomes, alors même qu'il doit réagir à l'égard de tiers étrangers à sa confection. — Parfois, pourtant, l'intérêt des tiers exigera manifestement que l'acte, dont ils subissent l'effet,

---

1. Comp., là-dessus, les explications, quelque peu divergentes, présentées, d'un côté par M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 8e éd., t. I, Paris, 1920, n° **953**, p. 311-312 ; de l'autre, par A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. I, 2e éd., Paris, 1919, p. 641. — Voy. aussi, pour la validité, en certains cas, d'une autorisation verbale : Paris, 28 juin 1851, *Sirey*, 52. 2. 337.

2. Sur tout cela, comp. H. Capitant, *Étude critique des restrictions apportées par les articles 1341 du Code civil français et du Code civil italien à la recevabilité de la preuve testimoniale*, dans *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1917-1918, t. XIV, p. 190-226, notamment p. 215-216. — *Adde* : J. Godron, *La question de la liberté de la preuve en droit anglais, ibid.*, p. 226-238.

puisse, en temps utile, être connu d'eux ; ce qui lui suppose une certaine notoriété. Or, celle-ci résultera d'éléments extrêmement variables, — depuis la célébration de l'acte juridique en public, ou son inscription sur des registres ouverts à tous, jusqu'à la connaissance donnée au tiers principalement intéressé et servant de représentant pour tous (art. 1690 C. civ.), — mais qui consistent toujours en artifices extérieurs, ajoutés à la constitution essentielle de l'acte, en vue de permettre aux tiers intéressés d'en être informés[1], et de façon à prémunir ces tiers contre les conséquences, préjudiciables pour eux, de l'acte non soumis, en temps utile, à la *forme de publicité* requise[2]. — Celle-ci peut, d'ailleurs, être ramenée à la forme solennelle, si on lui attribue un effet absolu, en lui subordonnant la formation même de l'acte entre les parties[3] ; bien plus, elle peut le prémunir contre des attaques suscitées par des vices intrinsèques, comme on en voit l'exemple dans une certaine conception des Livres fonciers[4]. — Et, il advient aussi, qu'une forme, de sa nature solennelle, réalise un but de publicité[5].

---

1. Voy. l'article 1071, du Code civil français, écrit en vue des substitutions, et dont la disposition est considérée comme généralement applicable en toute matière de publicité légalement organisée.

2. Comp. P. Moeneclaey, *De la renaissance du formalisme dans les contrats en droit civil et commercial français* (thèse de doct. Droit, Lille, 1913-*1914*), Paris, 1914, troisième partie, La publicité, solennité dans les contrats, p. 59-144. — *Adde*, touchant la publicité des conventions collectives de travail, l'article 31 *c*, al. 2-6, cbn. 31 *j*, al. 2 et 31 *k*-2°-5° du Code du travail et de la prévoyance sociale, liv. I, tit. II, chap. v, d'après la loi du 25 mars 1919, article 1er ; et, sur ces textes, R. Morel, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1919, t. XVIII, p. 439.

3. Telle est la règle pour les actes de l'état civil, soit qu'ils constatent de véritables actes juridiques (acte de mariage, acte de reconnaissance d'enfant naturel), soit qu'ils relatent des faits matériels sur déclaration de témoins (acte de décès, acte de naissance).

4. Sur la publicité des décisions administratives, comp. M. Hauriou, note sous Conseil d'État, 27 mars 1914, *Sirey*, 1914. 3. 97.

5. Ainsi, pour les contre-lettres, en matière de contrat de mariage, les exigences de formes, résultant des articles 1396 et 1397 du Code Napoléon.

d) Avec les *formes habilitantes*, nous abordons un terrain nouveau. Il s'agit de subvenir à une incapacité d'exercer les droits, que l'organisation juridique a dû reconnaître chez certaines personnes, sur la base de données naturelles, ou qu'elle a établie pour des motifs d'ordre social supérieur. Le remède, le plus général, consiste, soit dans une représentation de l'incapable, soit dans l'assistance, que lui fourniront des personnes susceptibles de prendre en mains ses intérêts. — Mais, des garanties sont parfois nécessaires, pour assurer pleinement le but de ces représentation ou assistance, en limitant leur liberté par la considération des droits essentiels à sauvegarder. Or, pareilles garanties se rencontrent souvent en des exigences extérieures (autorisation ou homologation complémentaire des actes du tuteur ou du mineur émancipé assisté de son curateur — formes judiciaires pour les ventes d'immeubles et les partages — formes de l'autorisation maritale), qui ont paru aptes à mieux protéger l'incapable (Comp. art. 1311 et 1314 C. civ. franç.). — Au vrai, même, toute « habilitation » de celui-ci, quelle qu'elle soit, consiste essentiellement en une forme, revêtant les actes, accomplis par lui ou pour lui, dans le sens défini plus haut[1]. Et, ce n'est là qu'une application de la technique du droit, puisque nous y voyons un élément artificiel, susceptible en soi de mille variétés, intervenir pour suppléer une activité, qui, laissée à elle-même, serait tenue, purement et simplement, pour inopérante.

e) Les *formes de procédure et d'exécution* pourraient être rapprochées des précédentes, en considérant que toute personne, engagée dans un litige ou menacée de voies de contrainte, a besoin d'être protégée contre les dangers de ces procédures et que cette protection résulte, le plus souvent, de l'exigence de solennités ou de délais, qui puissent éclairer ou prémunir l'intéressé. Par là et en

---

1. Voy. ci-dessus, p. 95-96 (n° **202**).

même temps, les formes, dont il s'agit, ne sont pas sans analogie avec les formes solennelles, et leur absence aura normalement aussi le même effet irritant. En tout cas, et par leur manière d'être, ces formes, qui constituent presque le tout de la procédure juridique, rentrent manifestement dans le domaine de la technique du droit[1].

f) Il en est encore de même de ce qu'on peut appeler les *formes fiscales*, entendant par là les exigences extérieures (telles que enregistrement, timbre, avec toutes leurs précisions d'accomplissement et de délais), qui tendent à assurer la perception des impôts établis à l'occasion des actes juridiques ou de procédure. Bien qu'elles répondent à un but très particulier d'ordre financier, ces formes peuvent quelquefois être douées d'une utilité proprement civile; c'est ainsi que l'enregistrement sert à donner date certaine aux actes sous seing privé qui y sont soumis (art. 1328 C. civ. franç.). Sous quelque aspect que nous les envisagions, nous y retrouvons les traits essentiels de l'instrument technique.

On pourrait, assurément, signaler encore d'autres emplois de la forme, en droit moderne, qui ne se rattacheraient qu'indirectement aux précédents[2]. Je ne citerai pas, à ce titre, les actes dits *commerciaux à raison de leur forme* (lettres de change, opérations des sociétés par actions)[3];

---

1. Sur le caractère d' « *automatisme formaliste* », que présente le droit procédural, voy. R. Japiot (Jurisprudence française en matière de procédure civile), dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1915, t. XIV, p. 559.

2. Ainsi, l'exigence, formulée par l'article 2103-4° du Code civil français (*adde* : art. 2110), des deux procès-verbaux, dont le rapprochement permettra de fixer, en l'isolant de la valeur propre du sol, la plus-value immobilière, résultant des travaux de construction, qui donnent lieu au privilège des architectes et entrepreneurs, semble tenir le milieu entre les formes solennelles et les formes probatoires. En tout cas, elle est positivement requise pour l'efficacité du privilège, dont il s'agit.

3. Voy. E. Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial*, 5e éd.

car c'est moins une forme proprement dite (manifestation extérieure), que le caractère intrinsèque d'une catégorie juridique[1], qui supplée ici aux équivoques possibles du contenu, pour marquer du signe commercial, avec toutes ses conséquences juridiques, les opérations dont il s'agit. — Mais je ferais, plus volontiers, observer que, lorsque, par un moyen technique d'ordre différent[2], le droit positif moderne consent à consacrer des actes juridiques abstraits, valables indépendamment de leur cause, et par la seule expression d'une volonté isolée de tout mobile interne, il compense généralement cette réduction simplificatrice par l'exigence d'une forme, tenue alors pour nécessaire à l'efficacité juridique de l'acte[3]. Si pareille forme peut assurément se rattacher aux formes solennelles, elle présente, en même temps, cette particularité, qu'elle pourvoit au défaut d'un élément intrinsèque nécessaire, en général, pour qualifier la volonté exprimée et qu'elle doit, par suite, entourer cette volonté d'une protection particulière, la mettant à l'abri des dangers qui la menacent[4]. — Et ainsi

---

J. Percerou, Paris, 1916, nos **11-13**, p. 10-13. — L. Lacour, *Précis de droit commercial*, Paris, Dalloz, 1912, p. 419 (no **675**, *in fine*).

1. Comp. Ch. Lyon-Caen et L. Renault, *Traité de droit commercial*, 3e éd., t. I, Paris, 1898, no **99-182** *ter*, p. 97-188, principalement no **149**, p. 151-152. — D'ailleurs, ces auteurs refusent de reconnaître le caractère commercial à *tous* les actes faits par les sociétés anonymes et par les sociétés en commandite par actions : *ibid.*, nos **182** *quater*, **182** *quinquies*, p. 188-191. — *Adde* : t. II, 2e partie, 4e éd., Paris, 1909, nos **1085** et **1085** *bis*, p. 491-496.

2. Comp. ci-dessus, p. 70-80 (no **198**).

3. Voy., par exemple, les §§ 780-782 du Code civil allemand de 1896 et la note, § I, sur le livre II, section VII, titre 20, de la traduction du Comité de législation étrangère, t. II, Paris, 1906, p. 317-320. — Comp. R. Saleilles, *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'Empire allemand*, 2e éd., Paris, 1901, nos **259-266**, p. 285-297. — E. Thaller, *Mémoire sur la nécessité en droit comparé d'étudier les doctrines juridiques et nationales des institutions*, dans : *Procès-verbaux et documents du Congrès international de droit comparé de 1900*, t. I, Paris, 1905, p. 603-622.

4. Comp. P. Duez, *De la renaissance de l'acte abstrait dans les obli-*

se doivent expliquer également les formes, simplifiées et souples, que la pratique des titres négociables a, de plus en plus, développées et qui, du domaine commercial, se sont étendues au domaine civil (titres nominatifs, titres au porteur, titres à ordre)[1].

206. — Mais, sans qu'il soit besoin d'insister davantage, nous constatons, en définitive, que la forme juridique tend, aujourd'hui, dans ses différentes applications, à corriger les dangers ou les inconvénients du « spiritualisme » du droit moderne, toutes les fois qu'un intérêt sérieux recommande une manifestation extérieure, pour satisfaire, sous certains rapports ou à l'égard de certaines personnes, un intérêt juridique, que le caractère, purement interne ou libre, des opérations de la vie du droit, laisserait en souffrance [2].

Visiblement, il n'y a là qu'un procédé technique [3], puisque l'artifice intervient directement, en vue de permettre le jeu de principes supérieurs suivant les besoins pratiques; et les formes offrent mille variétés, entre lesquelles le choix de l'esprit reste libre. C'est au juriste, en sa qualité et par son métier, qu'il incombe d'adapter chaque forme spéciale à son but propre. Il ne faut pas que, comme on le dit, « la forme emporte le fond » [4]. Et, partant du

---

gations, thèse de doct. Droit, Lille, 1913-*1914*, première partie, chap. II. La forme et l'acte abstrait, p. 29-38.

1. Voy. surtout, à cet égard : P. MOENECLAEY, *De la renaissance du formalisme dans les contrats en droit civil et commercial français,* Paris, 1914, quatrième partie. Des contrats à formalités simples, p. 145-193. — *Adde* : P. DUEZ, *op. cit.*, troisième partie.

2. Sur le retour moderne au formalisme, dans l'intérêt du crédit commercial, comp. L. LACOUR, *Précis de droit commercial,* Paris, 1912, p. 604-605 (n° **1025**); p. 664 (n° **1128**); p. 732 (n° **1248**, *in fine*).

3. Comp. ci-dessus, n°s **182-184**, p. 16-26, et n° **186**, p. 30-31.

4. On trouvera chez E. DANZ, *Einführung in die Rechtssprechung,* Jena, G. Fischer, 1912, d'intéressants développements, tant sur l'interprétation des actes juridiques soumis à des formes, § **17**, p. 56-59, que sur l'interprétation des textes légaux prescrivant des formes,

principe moderne du non-formalisme, on doit limiter exactement ses dérogations aux nécessités qui les commandent [1]. Cela posé, la forme sera d'autant mieux choisie, d'autant plus parfaite, qu'elle serrera de plus près l'objet auquel elle répond. Aussi, l'effort de la jurisprudence moderne visera-t-il à affiner les formes, dans le sens d'une simplification et d'un assouplissement raisonnés [2].

Ajoutons que le procédé technique de la forme se renforce parfois de simulations ou de fictions, sans lesquelles il deviendrait intolérable, et d'où il tire, au contraire, des effets nouveaux et souvent fort précieux à la pratique [3].

On peut bien se demander, par quelle voie les formes s'accréditeront et se fixeront dans la vie effective du droit. Il semble qu'une source formelle soit, le plus souvent, indispensable pour consolider définitivement un procédé

---

§ **28**, p. 92-96. — *Adde :* E. Danz, *Die Auslegung der Rechtsgeschäfte,* Jena, G. Fischer, 1897, § **17**, p. 120-139.

1. Ainsi, peut s'expliquer notamment la jurisprudence qui attache au bénéfice d'inventaire l'effet définitif d'une séparation des patrimoines. — Voy., entre autres décisions : Civ. rej. 11 janvier 1882, *Sirey,* 84. 1. 317. — Civ. cass., 20 juin 1908, *Sirey,* 12. 1. 499. — Comp. ci-dessus, p. 37, note 3 [p. 38] (n° **189**).

2. C'est ce qui apparaît, notamment, dans l'organisation des formes de publicité : ainsi, dans la transcription des opérations immobilières, suivant les articles 1-4 de la loi du 23 mars 1855 (voy. A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire du droit civil français,* Paris, Dalloz, 2e éd., t. I, 1919, p. 950-970). *Adde :* art. 6-7 et art. 9 modifié et complété par la loi du 13 février 1889 (voy. A. Colin et H. Capitant, *op. cit.,* 2e éd., t. II, 1919, p. 910-920) ; — et dans la publicité du contrat de mariage, telle que l'a organisée la loi du 10 juillet 1850 : art. 75, al. 2 ; 67, n° 9 ; 1391, al. 4 ; 1394, al. 2-3 C. civ. franç. (voy. notamment : A. Valette, Rapport et discours dans *Mélanges de droit,* Paris, 1880, t. II, p. 489-494 ; p. 502-504). — Voy. aussi ci-dessus, p. 113, texte et notes 1-2 (n° **205**). — *Adde :* P. Moeneclaey, *De la renaissance du formalisme dans les contrats en droit civil et commercial français,* Paris, 1914, *passim,* notamment p. 34-39, p. 85-91, p. 143-144, p. 189-193, p. 196.

3. Voy., plus loin, ce qui sera dit à propos de ces fictions d'un genre spécial : n° **241** (chapitre septième [XXI], section II, Fictions juridiques).

d'une technique aussi variable [1]. Bien plus, la plupart des formes du droit moderne résultent d'une disposition de la loi écrite; et celle-ci se montre la mieux apte à établir, en cette matière, les précisions nécessaires [2]. Pourtant, il serait, je crois, excessif et faux, de refuser à la pratique, éventuellement corroborée par la jurisprudence, tout pouvoir pour élaborer, le cas échéant, des formes, exigées par la vie, et que la loi négligerait d'organiser. — C'est ainsi, par exemple, qu'avant la loi du 6 avril 1910, relative à l'administration légale du père, la jurisprudence, appuyée par quelques auteurs, avait parfois admis (principalement à Paris), qu'une autorisation du tribunal (en chambre du conseil) pût valider certains actes, dépassant les bornes rationnelles de l'administration, librement permise au père, des intérêts de ses enfants mineurs [3]; et l'on peut trouver une autre application de la même *forme habilitante*, non organisée positivement par la loi, dans l'extension, généralement donnée à l'article 2126, *in fine*, du Code civil français, pour rendre efficaces, moyennant

1. Comp. ci-dessus, p. 63 (n° **197**). — Rappr., pour la publicité des décisions administratives : M. Hauriou, note, *in fine*, sous Conseil d'État, 27 mars 1914, *Sirey*, 14. 3. 97.

2. Comp. *Code fédéral* (suisse) *des obligations*, revisé le 30 mars 1911, art. 11, al. 1 : « La validité des contrats n'est subordonnée à l'observation d'une forme particulière qu'en vertu d'une prescription spéciale de la loi. » — *Adde : Code civil suisse*, du 10 décembre 1907, art. 10 : « La loi cantonale ne peut faire dépendre de formes spéciales la preuve des droits et des obligations dont la validité n'est subordonnée à aucune forme par la législation fédérale. »

3. Voy. la pratique du Tribunal de la Seine, attestée par Bertin, *Chambre du conseil*, 3e éd., t. I, Paris, 1894, n° **616**, p. 412; comp. p. 413-414 (n° **618**); et dans le journal *Le Droit*, nos des 2, 3 et 4 juin 1868. — Motifs de Pau, 15 juillet 1865, *Sirey*, 66. 2. 278 et, à la suite, Req. rej., 3 juin 1867, *Sirey*, 67. 1. 273. — F. Laurent, *Principes de droit civil français*, t. II, nos **313-314**. — G. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, 8e éd., t. I, Paris, 1902, n° **991**, p. 532-533. — de Loynes, note sous Dijon, 31 décembre 1891, D. P., 92. 2. 235. — *Adde* : Douai, 22 janvier 1894, *Sirey*, 94. 2. 311. — Trib. Seine, 8 novembre 1898, *Sirey*, 99. 2. 316.

l'approbation des tribunaux, les actes des envoyés en possession provisoire, entraînant disposition par eux des biens de l'absent au delà de la limite fixée par l'article 125 du même Code[1]. — D'autre part, la jurisprudence, qui, prolongeant l'inaliénabilité de la dot mobilière, a élaboré avec tant de finesse, voire de subtilité, la théorie de la dot incluse dans les paraphernaux, subordonne, en certains cas du moins, les effets, à l'égard des tiers, de cette extension imprévue de l'inaliénabilité dotale à certaines exigences qui ne s'expliquent que comme *formes de publicité*[2]. — Semblablement, et avant la loi du 17 mars 1909 qui en a consacré et précisé l'application (art. 3; *adde* art. 1-2 et 4-7), la pratique avait su organiser une publicité, telle quelle, de la cession des fonds de commerce, pour assurer son effet à l'égard des créanciers. — Et, l'on sait que c'est aussi une pratique, où l'on peut voir un « propulseur » de coutume juridique[3], qui a dû, dans le silence de la loi, organiser, en France, les moyens d'établir la qualité d'héritier par intitulés d'inventaires ou actes de notoriété[4], dans lesquels apparaissent, d'après le caractère que leur assigne cette pratique, non seulement des *formes proba-*

1. Voy. Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, § **153**, texte et note 12, 5e éd., t. I, Paris, 1897, p. 925, avec les références de la note.

2. Voy. notamment : Req. rej., 3 juin 1891, et rapport Cotelle, *Sirey*, 93. 1. 5. — 2 Civ. cass., 26 novembre 1895, *Sirey*, 96. 1. 73. — *Adde :* Req. rej., 14 juin 1904, *Sirey*, 1905. 1. 489, avec la note E. Naquet. — *Adde :* Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, 5e éd., E. Bartin, t. VIII, Paris, 1916, § **537** *bis*, texte et notes 11 *quinquies-tredecies*, p. 533-537 et § **538**, texte et notes 23 *septies-nonies*, p. 561. — Comp., sur la publicité nécessaire pour l'efficacité des subrogations réelles : A. Henry, *De la subrogation réelle conventionnelle et légale*, thèse de doct. Droit, Nancy, 1912-*1913*, p. 137-142, p. 203-205, p. 208-209, p. 227-230

3. Comp. Fr. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899, p. 436-437; 2e éd., 1919, t. II, p. 51 (n° **149**).

4. Comp. Fr. Geny, *Méthode d'interprétation*, p. 285, texte et note 2; 2e éd., 1919, t. I, p. 328, note 1 (n° **111**).

toires, mais plutôt encore de véritables *formes solennelles.* — Finalement donc, si la loi écrite reste le mode le plus parfait de forger l'instrument technique de la forme juridique, celle-ci peut, subsidiairement et suivant les principes généraux de la formation et de l'interprétation du droit moderne, trouver sa consécration en d'autres sources formelles, plus généralement en tout mode de création juridique, susceptible, par sa nature, de fixer, de façon obligatoire, les éléments plastiques inclus en la notion de forme [1].

En tout cas, il ressort des développements qui précèdent, que le formalisme juridique, pris dans son sens profond et complet, n'est pas un monopole de législations archaïques, qui serait fatalement destiné à disparaître avec le progrès de la civilisation. L'emploi de formes extérieures, nécessaires pour assurer les situations juridiques, est un phénomène essentiel du droit, reposant sur cette idée simple, que, d'après les conditions faites à notre nature humaine, une certaine plastique traduit seule nettement les forces intimes, qui composent l'organisme juridique, et confirme les sanctions attachées aux résultats de leur jeu réciproque. Le besoin de cette plastique s'atténue ou, plutôt même, se modifie simplement avec le temps [2]. Mais, la vérité élémentaire, sur laquelle elle repose, vérité infiniment précieuse en soi, ne cesse pas d'être utilisée, pour assurer cette sécurité et cette fermeté qui figurent parmi les fins essentielles du Droit [3]. Et c'est pourquoi, si le formalisme a pu varier dans ses manifestations, il semble, en lui-même, devoir compter à toujours

1. Comp. encore Fr. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif,* Paris, 1899, 2e éd., 1919, *passim.*

2. Comp. Fr. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif,* Paris, 1899, p. 167, 2e éd., 1919, t. I, p. 184-185 (n° **80**).

3. Voy. ci-dessus, p. 38 (n° **189**).

parmi les instruments indispensables d'une bonne technique juridique [1].

1. Comp. L. Seuffert, *Zur Geschichte der obligatorischen Verträge*, Nordlingen, 1881, notamment conclusion, § **17**, p. 167-170. — Voy. aussi : P. Moeneclaey, *De la renaissance du formalisme dans les contrats en droit civil et commercial français*, Paris, 1914, *passim*, notamment : première partie, p. 19-39 et conclusion, p. 195-197.

CHAPITRE CINQUIÈME (XIX)

DU ROLE DES CATÉGORIES RÉELLES DANS LA TECHNIQUE DU DROIT

SOMMAIRE : **207.** Aperçu sur les catégories réelles et leur rôle à différentes époques. — **208.** Limitation des catégories de droits réels, issus de la volonté de l'homme. — **209.** Hésitations, chez les modernes, au sujet des catégories de contrats obligatoires. — **210.** Directions qui s'imposent à ce sujet. Les contrats innommés du droit moderne. — **211.** Intérêt des catégories, pour la réglementation des actes juridiques du droit moderne. — **212.** Comment les catégories peuvent, parfois, affranchir les actes juridiques. Donations déguisées. Legs avec charge. Qualifications fiscales. — **213.** Conclusion sur le mérite et l'avenir des catégories dans le droit contemporain.

207. — Le droit romain, notre maître en technique, ne s'est pas contenté de ce formalisme de formes, qui marque, par un revêtement extérieur, le signe distinctif des phénomènes de la vie sociale, dignes de la consécration du droit positif. En une autre série de dispositions, qui correspond, en moyenne, à un stade plus avancé de son développement et nous représente au mieux son essence intime, il constitue le caractère juridique des institutions par le moyen de *catégories*, non plus formelles, mais *réelles*, dont les contours se tirent des éléments intrinsèques des situations reconnues, de telle sorte que celles-ci se trouvent juridiquement spécifiées par certains traits de fond, les distinguant, les mettant à part des autres circonstances, pour leur attacher la sanction, positive et efficace, de la contrainte [1]. — Ainsi, nous apparaît, à Rome, le système des

1. Voy. Fr. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, t. I, Paris, 1914, p. 47-49, p. 51 (n° **16**). — On voit, par les explications

contrats non formalistes, qui n'engendrent obligation, civilement reconnue et efficacement sanctionnée, que moyennant certain contenu les séparant des pactes nus [1]. Ainsi se spécifient les autres sources d'obligation, délits, quasi-délits, quasi-contrats, ou *variæ causarum figuræ,* dont la physionomie propre est marquée en tels ou tels éléments, seuls capables de leur assigner une valeur juridique définie. Ainsi encore distinguera-t-on, parmi les événements de la nature ou de la vie des hommes, ceux qui, reproduisant exactement les signes d'un type prédéterminé, engendreront les effets de droit prévus pour lui, comme l'occupation, la tradition, l'accession, la compensation, l'impossibilité d'exécution, la prescription acquisitive ou libératoire, etc., etc.

On voit, par là, que ce procédé des « catégories réelles » jouait un rôle absolument capital dans l'organisation juridique romaine [2]. Et on le retrouve, plus ou moins développé, mais toujours au premier rang des moyens destinés

---

données au texte, que nous n'envisageons pas ici, parce qu'il manquerait de tout caractère spécifique, l'emploi des catégories, destinées simplement à imposer l'ordre dans la mise en œuvre des droits subjectifs. Voy., par exemple, à ce sujet, le régime des catégories par nature de dommages, introduit par la commission du Sénat, dans le projet de loi sur la réparation des dommages de guerre. Rapport REYNALD, dans *Journal officiel, Documents parlementaires du Sénat,* session ordinaire de 1917, p. 632, col. 3; p. 633, col. 1; p. 642, col. 2-3; et discussion au Sénat, *Journal officiel, Débats parlementaires du Sénat,* session ordinaire de 1917, p. 1047; p. 1050, col. 2; p. 1059, col. 1; p. 1147, col. 3; p. 1148, col. 1. *Adde* la loi du 17 avril 1919, art. 2, al. fin.; art. 30, al. 1; art. 40, al. 1; art. 43, al. 1. — D'autre part, je laisse à part, comme se rapportant à la science juridique pure, dont je me détache le plus possible en ce travail, une notion de *catégorie,* qui désignerait la forme logique, en quelque sorte nécessaire, de la connaissance juridique. Voy. là-dessus, P. DE TOURTOULON, *Les principes philosophiques de l'histoire du droit,* Paris et Lausanne, Payot, 1908-1919, p. 486-487, p. 514-537.

1. Comp. P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain,* 6e éd., Paris, 1918, p. 440-451.

2. Comp. Fr. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif,* Paris, 1899, p. 156; 2e éd., 1919, t. I, p. 173-174 (no 77).

à la réalisation des règles, en tout système de droit positif, pénétré si peu que ce soit du sentiment des besoins techniques et surtout du principe de l'économie juridique [1]. — Il se combine, d'ailleurs, avec les autres moyens ou procédés, tant généraux que spéciaux, pour assurer à la technique du droit la sûreté et l'élasticité de jeu qu'elle postule. Et, par exemple, la réduction des éléments substantiels des règles juridiques [2] ne fait souvent que préparer ou préciser le cadre des « catégories réelles » ; comme, d'autre part, les formes, prescrites pour la validité de certains actes ou faits [3], ne s'adaptent efficacement qu'à des circonstances préalablement « catégorisées », et inversement, nous verrons les présomptions et les fictions de droit souvent nécessitées par l'étroitesse des catégories juridiques [4].

Ce n'est pas cependant qu'une stricte « catégorisation » soit indispensable, pour reconnaître efficacité juridique aux réalités sociales, qui en semblent dignes. On peut même penser qu'on donnerait plus large satisfaction aux postulats généraux de la justice ou de l'utilité commune, si l'on conférait la sanction, distinctive de la contrainte, à des principes qui consacreraient l'équité en elle-même, avec tous les replis, toutes les souplesses, les mobilités infinies, de son contenu effectif. Mais le système des catégories apporte l'avantage de couler les institutions reconnues en des moules préformés, qui leur assurent à la fois cette précision des conditions et cette fermeté des effets, sans lesquelles il n'est pas d'ordre social solidement établi [5]. — Et, pour apercevoir, en un exemple saisissant, la fécondité conservée

1. Voy. ci-dessus, p. 37, texte et note 1. *Adde :* p. 37, note 3 ; p. 38, note 1 (n° **189**).
2. Voy. ci-dessus, n^os **196-198**, p. 52-81.
3. Voy. ci-dessus, n^os **203-206**, p. 96-122.
4. Voy. ci-après, chapitre septième (XXI), n^os **228-253**, *passim*.
5. Comp. ce qu[illegible]t ci-dessus, p. 57-58 (n° **196**). — *Adde :* P. Vander Eyck[illegible] *[illegible]de positive de l'interprétation juridique,* Bruxelles et Paris, [illegible] (n° **207**).

par les catégories dans le droit moderne, ce serait assez de considérer que, depuis la fin du XVIIIe siècle, tout le droit pénal des pays civilisés s'est développé sur la base d'un système de délits, aux caractères strictement déterminés, et réprimés de peines enfermées en des limites fixes, qui, en dépit de la place laissée à l'appréciation du juge pour « l'individualisation » des sanctions [1], représente comme le sommet culminant de l'usage des « catégories réelles ». Et, c'est ce que traduisent, en réalité, les adages bien connus : « *Nullum crimen sine lege; Nulla pæna sine lege* », suivant lesquels le procédé des catégories se renforce encore ici de l'énergie de la source formelle, le plus nettement technique, la loi écrite [2].

Il est vrai que, dans l'ordre privé (civil ou commercial), le système des catégories semble avoir perdu, chez les modernes, sinon de son importance, à tout le moins de sa rigueur technique, par suite de certaines idées, dominant notre organisation juridique, et y introduisant des principes tellement vastes, élastiques, mous et presque flasques, que, sous prétexte d'assouplir le droit positif, elles aboutissent à en rompre les cadres [3].

Ainsi, si nous envisageons les sources d'obligations, qui représentent, en réalité, les principes fondamentaux de tous les droits du patrimoine, nous constatons que le délit ou quasi-délit, au lieu de se traduire dans les types variés et précis du droit romain (*furtum, injuria, damnum legis Aquiliæ*, ... etc...), ne se « catégorise » plus que par la formule, à la fois large et souple, des articles 1382 et 1383 du Code Napoléon, fortifiée des présomptions légales

1. Comp. ci-dessus, p. 63, texte et note 3 (nº **197**).

2. Voy. E. Garçon (*De la méthode du droit criminel*), dans *Les méthodes juridiques*, Paris, 1911, p. 199-213. — *Adde :* ci-dessus, nº^s **199-201**, p. 81-93, *passim*.

3. Comp., sur cette idée et les développements qui suivent : Fr. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899, p. 167-168; 2e éd., 1919, t. I, p. 184-186 (nº **80**).

des articles 1384 à 1386 et de quelques lois complémentaires, de sorte, qu'au lieu d'une série de catégories, presque concrètes par leur précision minutieuse, nous n'avons plus ici qu'une catégorie purement abstraite. susceptible du contenu le plus varié, sous la seule sauvegarde des caractères généraux qui l'encadrent. — Le plus notable de ces caractères généraux, la faute, a paru tellement vague, que, tandis que quelques-uns ont proposé de le supprimer [1], d'autres, plus judicieusement fidèles aux nécessités d'une bonne technique du droit, demandent, au contraire, sa précision par des critères, empruntés à la jurisprudence [2], qui nous ramèneraient, en réalité, sous une forme à peine différente, au système des délits, étroitement catégorisés, du droit romain.

Les quasi-contrats sembleraient mieux cantonnés dans les lignes de catégories précises, si l'on devait les tenir pour limités aux deux types, organisés, comme tels, par notre Code civil : la gestion d'affaires et le paiement de l'indû (art. 1372-1381 C. civ. franç). Mais, on sait que ceux-ci ne sont que des applications d'une théorie plus générale, dont la base se rencontre en l'article 1371 du même Code, et qui conduit aisément à faire du quasi-contrat, complété au besoin par la loi, envisagée comme source directe d'obligations [3], une sorte de *caput mortuum*,

---

1. C'est à quoi aboutissent logiquement les systèmes, dits de « responsabilité objective », pour lesquels le prétendu « risque créé » se réduit à un rapport de causalité entre le fait illicite et le préjudice qu'il engendre. — Cons., là-dessus, M. Planiol, *Études sur la responsabilité civile,* dans *Revue critique de législation et de jurisprudence,* N. S., 1905, t. XXXIV, p. 277-292; 1906, t. XXXV, p. 80-99; 1909, t. XXXVIII, p. 282-301.

2. Voy., par exemple : M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil,* t. II, n° **865**, 8e éd., Paris, 1921, p. 277-278; — et (*Études sur la responsabilité civile. Du fondement de la responsabilité*) dans *Revue critique de législation et de jurisprudence,* 1905, nouvelle série, t. XXXIV, p. 283-285; comp. p. 277-282 et 285-292.

3. Voy. par exemple : M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil,* 8e éd., t. II, Paris, 1921, n° **807**, p. 254-255; — nos **811-813**, p. 256-

où se rangent toutes les causes d'engagement (*variæ causarum figuræ*), qu'il paraît, dans notre état social, nécessaire de reconnaître en dehors des contrats ou des délits et quasi-délits. Ici encore, toutefois, se fait vivement sentir le besoin de la précision, que peut seule fournir une « catégorisation » serrée de près. Et ainsi s'expliquent les efforts, incessamment poursuivis, soit pour fixer la notion juridique du quasi-contrat[1], soit pour en définir certains types, non pleinement organisés par la loi, tels que l'enrichissement sans cause[2].

Enfin, quand nous arrivons aux contrats, qui constituent la source capitale, non seulement des obligations proprement dites, mais, par leur canal même, des droits réels sur les choses, résultant des échanges où se résume tout le commerce juridique des hommes, il ne saurait nous échap-

---

259; — nos **828-830**, p. 265-266, — et : *Classification des sources des obligations,* dans *Revue critique de législation et de jurisprudence,* 1904, nouvelle série, t. XXXIII, p. 224-237.

1. Ces efforts, quand ils sont poussés avec le sentiment vrai de la technique juridique, aboutissent généralement à reconnaître l'inanité de notre notion de quasi-contrat et l'impossibilité de la conserver. — Voy. M. Planiol (*Classification des sources des obligations*) dans *Revue critique de législation et de jurisprudence,* 1904, N. S., t. XXXIII, p. 226-229. — G. Goublet, *La notion du quasi-contrat.* Classification rationnelle des sources d'obligations, thèse de doct. Droit, Paris, 1903-*1904*. — H. Vizioz, *La notion de quasi-contrat.* Étude historique et critique, thèse de doct. Droit, Bordeaux, 1911-*1912*. — *Adde* encore : E. Bartin, sur Aubry et Rau, *Cours de droit civil français,* 5e éd., t. VI, Paris, 1920, § **440**, note 1 *bis,* p. 292.

2. Voy. notamment : G. Raynaud, *De l'action « de in rem verso » en droit civil français,* thèse de doct. Droit, Paris, 1898-*1899*. — G. Ripert et M. Teisseire, *Essai d'une théorie de l'enrichissement sans cause en droit civil français,* dans *Revue trimestrielle de droit civil,* 1904, t. III, p. 727-796. — P. Chaîne, *L'enrichissement sans cause dans le droit civil français,* thèse de doct. Droit, Lyon, 1908-*1909*. — H. Loubers, *L'action « de in rem verso » et la théorie de la responsabilité civile,* dans *Revue critique de législation et de jurisprudence,* 1912, nouvelle série, t. XLI, p. 396-418 et p. 462-486. — Jean Renard, Mémoire sur l'enrichissement sans cause, couronné par la Faculté de droit de Montpellier en 1913 et par l'Académie de législation de Toulouse en 1914, refondu et présenté à la Faculté de droit de Paris.

per que les principes les plus notables du droit moderne ont ici, en apparence du moins, ruiné le savant échafaudage des catégories romaines. En effet, tout notre système des conventions obligatoires est dominé par l'autonomie de la volonté. D'où il résulte que tout accord de volontés, tendant à un résultat juridique, qui rentre dans les facultés de disposition de celui qui s'engage, produit de lui-même ce résultat, quel qu'il soit, pourvu seulement qu'il ne se heurte pas à une prohibition d'ordre supérieur, constituant statut impératif, ou d'ordre public[1]. — Assurément, ce principe ne saurait supprimer le cadre juridique du contrat, qui reste assujetti à des conditions générales de formation, hors desquelles les volitions des hommes demeurent impuissantes à créer des situations juridiques[2]. Mais les « catégories réelles » des contrats particuliers semblent perdre toute leur importance, puisque, quel que soit le contenu coulé par les parties dans le moule générique du contrat obligatoire, il doit juridiquement valoir ; et, s'il est assujetti parfois à des règles spéciales (règles particulières à la donation entre vifs, aux contrats particuliers visés et réglés par la loi), ces règles dépendent exclusivement, en fait, de la direction que les parties ont librement donnée à leur volonté. Celle-ci n'est donc plus, comme à Rome, enfermée dans un cercle, étroit et infranchissable, de conventions prédéterminées ; elle se meut

1. Sur les origines, le développement et les bases positives de ce principe, voy. Fr. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899, p. 525 ; 2e éd., 1919, t. II, p. 151-152 (n° **171**). — Sur sa portée, comp. E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, thèse de doct. Droit, Dijon, 1911-*1912*, notamment Introduction et chapitres premier-troisième, p. 1-231.

2. Réserve faite de la question de la valeur obligatoire de la promesse simplement unilatérale, sur laquelle voy. Fr. GENY, *Méthode d'interprétation*, Paris, 1899, 2e éd., 1919, n° **172** *bis*. — *Adde :* Jean S. MARESCO, *L'obligation unilatérale et le Code civil*, thèse de doct. Droit, Paris, *1919*-1920. — P. BINET, dans BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, 12e éd., t. II, Paris, 1921, n° **791**, p. 354.

librement, et efficacement néanmoins, au milieu d'un vaste enclos, construit uniquement de façon à en assurer tous les développements. La fécondité de l'accord des volontés, dans un sens juridique quelconque, paraît devoir être illimitée et les règles portées par la loi, au sujet de tels ou tels contrats, spécialement dénommés, ou des droits créés par la volonté de l'homme, semblent, toutes les fois qu'elles ne proclament pas des principes impératifs destinés à brider celle-ci, ne pouvoir constituer que des modèles ou des exemples, à côté desquels il reste place pour une variété infinie de créations juridiques. Au lieu des catégories, nettement *spécifiques*, de *contrats* ou de *pactes*, qu'offrait jadis le droit romain, nous n'aurions plus que la catégorie *générique* du *contrat*, laissant place à tout le jeu des fantaisies licites[1].

---

1. Comp. Fr. Geny, *Méthode d'interprétation*, Paris, 1899, p. 526-529; 2e éd., 1919, t. II, p. 152-156 (n° **171**).

On pourrait même — poussant plus loin l'analyse sommaire qui vient d'être présentée (n° **207**) — observer que cette tendance moderne à la « dissolution des catégories », dont je viens d'esquisser quelques traits, va, chez les civilistes les plus avancés, jusqu'à ne plus reconnaître à peu près qu'une seule source d'obligation, qui — sous la sanction générale de la loi (Voy. Baudry-Lacantinerie et Chéneaux, *Précis de droit civil*, 11e éd., t. II, Paris, 1913, n° **651** *bis*, p. 420-421; 12e éd. P. Binet, 1921, n° **792**, p. 354-355) — serait, soit l'idée d'une lésion injuste à éviter ou à réparer (Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 8e éd., t. II, Paris, 1921, p. 255 [n° **807**], p. 266 [n° **829**]; comp. nos **863** et **863** *bis*, p. 275-276), soit celle d'enrichissement sans cause (Planiol, *op. cit.*, p. 258 [n° **812**]. — Baudry-Lacantinerie et Chéneaux, *op. cit.*, n° **652** *bis*, p. 422-424; 12e éd. P. Binet, 1921, n° **794**, p. 356. — Comp. Colin et Capitant, *Cours élémentaire de droit civil*, 2e éd., t. II, 1920, p. 417); la seconde de ces idées pouvant d'ailleurs se ramener elle-même à la première (Planiol, *op. cit*, n° **937**, p. 313-314). Le fondement de tout engagement juridique se rencontrerait donc dans les règles primordiales du droit naturel, exprimées par les vieux adages : *Neminem lædere, Suum cuique tribuere*. Et cela concorderait assez bien avec des idées, assez récemment présentées, sur la valeur du contrat, puisant sa force, non pas dans une volonté arbitraire des contractants, mais dans une justice supérieure, dont l'accord des volontés ne serait que l'instrument (Comp. G. Dereux, dans *Revue critique de législation et de*

208. — Ne nous y trompons pas, toutefois. Le besoin d'une « catégorisation » plus précise a su se faire jour au milieu même de ce libre champ, ouvert à l'épanouissement des activités; et, c'est précisément en étudiant de plus près certaines déviations du principe de l'autonomie privée, que nous pourrons mieux pénétrer l'importance foncière du procédé technique des « catégories réelles » et la persistance de son rôle, en dépit de l'élasticité des conceptions juridiques modernes.

Et d'abord, il est fort remarquable que, tandis que le contenu des droits de créance varie au gré de la volonté des contractants, de telle sorte que la distinction des obligations, d'après leur objet, en obligations de donner, de faire ou de ne pas faire, ne représente qu'un schema d'enveloppes, susceptibles d'être remplies de la façon la plus diverse, les droits réels, créés sur les choses par le libre vouloir des propriétaires, restent assujettis à certains types, que la convention ne puisse multiplier en dehors des catégories légales[1]. A vrai dire, la question offre peu d'intérêt pour les droits réels mobiliers, les types légaux,

---

jurisprudence, N. S., 1901, t. XXX, p. 516, p. 529-530, et 1902, t. XXXI, p. 106-115); d'où, entre autres conséquences, le retour de faveur à la rescision pour lésion des contrats entre majeurs (Voy., par exemple : Colin et Capitant, *Cours élémentaire de droit civil,* 2e éd., t. II, 1920, p. 291-292. — Comp. G. Dereux, dans *Revue critique de législation et de jurisprudence,* 1902, N. S., t. XXXI, p. 122-124). — Tous ces développements de pensée sont fort intéressants et manifestent une ardente aspiration de l'âme contemporaine vers les bases naturelles du droit, se ramenant essentiellement à la notion, la plus élevée et la plus compréhensive, de la justice (Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif,* t. II, Paris, 1915, notamment chapitre neuvième (XIV), nos **160-177**, p. 351-422). Mais leurs excès démontrent, en même temps, la nécessité de réagir contre les entraînements de la spéculation par une sévère technique, où les notions traditionnelles de contrat, quasi-contrat, délit, quasi-délit, simplifiées et épurées, retrouvent leur place.

1. Comp., sur la même question posée sous l'empire du Code civil allemand de 1896 : H. Dernburg, *Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preuszens,* t. III, Das Sachenrecht, 3 A., Halle a. S., 1904, § **62**, n° 4, p. 194-195, et § **160**, I-II, p. 482-483.

qui s'y appliquent (propriété, usufruit, usage), suffisant ici aux nécessités, qu'a révélées de tout temps l'utilisation principale des meubles, et l'hypothèque se trouvant, pour des raisons générales de crédit, exclue de leur emploi [1], au titre d'une garantie, qui paraît normalement se réaliser, de façon adéquate, par la voie des privilèges (notamment de gage) ou du droit de rétention. Mais, en ce qui concerne les immeubles, on conçoit sans peine l'importance qu'il y aurait à pouvoir constituer d'autres droits réels principaux, que ceux prévus et organisés par la loi et, par exemple, à ériger certaines formes de jouissance de la propriété d'autrui (*jura in re aliena*) en droits réels, qui ne seraient ni l'usufruit, ni l'usage, ni l'habitation, ni la servitude foncière, conformes aux types de la loi (art. 543 C. civ.), mais qui pourraient réunir des traits de l'un ou de l'autre, ou présenter des caractères propres, faisant d'eux des droits *sui generis*, pourvus des attributs de la réalité (droit de suite, droit de préférence), mais, pour le surplus, essentiellement configurés par la volonté même des contractants. — On sait, du reste, quelle efflorescence, prodigieuse et inquiétante, avait surgi, dans notre ancienne France, grâce à la variété des usages locaux et à la tolérance de la législation générale, de ces droits réels, aux contenus les plus divers, qui « cisaillaient » ou « criblaient », comme à plaisir, la propriété foncière. Mais on sait aussi que, ratifiant et, au besoin consommant l'œuvre, presque entièrement réalisée déjà par les lois révo-

---

1. Les prétendues hypothèques mobilières (voy. notamment : M. Planiol, *Traité elémentaire de droit civil*, 8e éd., t. II, Paris, 1921, n° **2405**, p. 745, nos **2707, 2709-2717**, p. 828-830) du droit contemporain, nantissement des fonds de commerce, warrant agricole, warrant hôtelier, restent soumises aux règles essentielles du gage. Voy. A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, 2e éd., t. II, Paris, 1920, p. 768 et p. 892. *Adde :* p. 767-775. — Il y a donc bien là, purement et simplement, des « gages sans déplacement ».

lutionnaires [1], le Code civil français de 1804 revient, en cette matière, à la simplicité du droit romain, en ce sens, du moins, qu'il ne prévoit et n'organise, en dehors de la propriété elle-même, qu'un petit nombre de droits réels principaux, à caractères et à contenu (général ou maximum) strictement fixés, l'usufruit, l'usage, l'habitation, les servitudes foncières, auxquels seulement une loi nouvelle, tranchant une controverse antérieure, a ajouté assez récemment l'emphytéose (L. 25 juin 1902, art. 1er). Il est certain que ce cadre, un peu étroit, en dépit de la souplesse des catégories légales, n'épuise pas les *desiderata* des intérêts privés en la matière. Et la pratique a révélé des hypothèses, où les contractants, seuls juges de ces intérêts en ce qui les concerne, avaient constitué, pour les satisfaire, des droits réels *sui generis*, sortant des types organisés par la loi [2]. La validité en a été mise en doute. — Or, si l'on appliquait ici, dans son plein, le principe de l'autonomie de la volonté, que le Code civil français, assimilant comme on sait la constitution volontaire des droits réels à la création contractuelle des obligations (art. 711, *in fine* et art. 1138 C. civ. français), consacre sous la forme la plus générale (art. 1134-1135, et 1156-1164 C. civ. français), et qui domine toute notre organisation juridique moderne [3], il semble qu'on devrait, sans hésiter, et sauf le cas où ils heurteraient formellement l'ordre public, reconnaître, tels que les parties les ont voulus, ces droits réels *sui generis*, librement créés en dehors du cadre légal. De fait, la jurisprudence a, dans certains cas

1. Cons. E. Chénon, *Les démembrements de la propriété foncière en France avant et après la Révolution*, thèse de doct. Droit, Paris, 1881. — R. Beudant, *La transformation juridique de la propriété foncière dans le droit intermédiaire*, thèse de doct. Droit, Paris, *1889*-1890.

2. Comp. Fr. Geny (*De l'effet des clauses d'irresponsabilité de la mine, à l'égard des ayants cause particuliers du propriétaire superficiaire, qui les a consenties*), dans *Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur*, 1897, t. VII, p. 154-156, p. 159-164, p. 183-188.

3. Voy. ci-dessus, p. 128-130 (n° **207**).

particuliers, rendu quelques décisions favorables à ce point de vue [1].

Celui-ci, toutefois, reste énergiquement contredit par la grande majorité de la doctrine [2]. Et il ne semble pas qu'il doive jamais prévaloir avec la généralité, que lui mériterait le solide principe qui l'étaie [3]. — Quel argument juridique fait-on valoir, pourtant, contre cette puissance irrésistible, ce semble, de l'autonomie de la volonté? Pour refuser à celle-ci le pouvoir de créer des droits réels *sui generis,* quels qu'ils soient, il faut considérer, comme un principe supérieur et d'ordre public, la limitation de ces droits aux types organisés par la loi écrite. Mais, bien qu'on prétende justifier cette assertion par des motifs d'ordre politique, économique et social, qui imposeraient une absolue uniformité à tout notre régime foncier, il reste douteux que ces motifs, d'ailleurs extrêmement discutables, puissent jamais conduire à la solution absolue qu'on leur demande. — Au fond, j'en demeure convaincu, l'opposition, en quelque mesure admissible, dressée ici contre les effets normaux de la liberté des conventions, s'explique par le sentiment du danger qu'il y aurait, du point de vue technique, à supprimer tout système de « catégories réelles », pour des droits, dont l'énergie requiert, à peine d'un désordre intolérable dans la société, la compensation d'une charpente fortement établie et reconnaissable pour tous. Car, en admettant que leur contenu fût

---

1. Voy. notamment : Dijon, 30 décembre 1896, sous Civ. rej., 12 décembre 1899, *Sirey,* 1901. 1. 497.

2. Voy. les autorités citées par Fr. Geny, dans *Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur,* 1897, t. VIII, p. 183-186. — Mais comp. L. Rigaud, *Le droit réel.* Histoire et théories. Son origine institutionnelle, thèse de doct. Droit, Toulouse, 1911-*1912,* p. 300-306.

3. Comp. Fr. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif,* Paris, 1899, p. 166, texte et note 1 (n° **80**) et p. 527, texte et note 4 (n° **171**). — J'atténue quelque peu, aujourd'hui, l'opinion jadis émise sur ce point. Voy. *Méthode d'interprétation,* 2e éd., 1919, t. I, p. 183, note 3 (n° **80**), t. II, p. 154, note 2 (n° **171**).

suffisamment précisé par la volonté qui les établit, il resterait fort embarrassant de déterminer les modes d'acquisition, de transmission, ou d'extinction, non moins que les sanctions judiciaires, qui s'y devraient appliquer, faute d'une « catégorisation », vraiment spécifique, que les organes d'interprétation n'ont pas qualité pour édifier. — Il paraît donc plus sage d'enfermer ici les créations de la volonté dans les catégories définies de la propriété ou des servitudes, toutes les fois, du moins, qu'elles se prêtent à les recevoir, et alors même que l'intention concrète des contractants pourrait n'y trouver qu'une satisfaction incomplète[1].

209. — Les mêmes objections ne s'opposent pas à la pleine liberté des contrats obligatoires ; et, si le droit de créance offre, par sa nature même, un cadre strictement homogène, il semble que son contenu concret puisse incontestablement varier à l'infini, suivant la mobilité des intérêts qui le suscitent et les nuances des volontés qui le créent[2]. De fait, personne n'oserait soutenir aujourd'hui que la liste de nos contrats soit légalement arrêtée et que les conventions privées restent impuissantes à engendrer des combinaisons, élargissant sans limites les types offerts par les Codes civil ou de commerce et les lois spéciales qui les complètent. Toutefois, la hantise de contrats dénommés, spécifiés, déterminés suivant des types rigides, persiste en beaucoup d'esprits, jusqu'à entraver parfois la souplesse des engagements privés[3]. — C'est ainsi que, mis

---

1. Comp. C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, nos **511-532**. — G. Baudry-Lacantinerie et M. Chauveau, *Des biens*, n° **193**, 3e éd., 1905, p. 147-148. — A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, 2e éd., Paris, 1920, p. 259. — M. Planiol, note sous Req. rej., 5 décembre 1906, D. P., 1907. 1. 249.

2. Il en est de même, dans une certaine mesure, des servitudes foncières. — Comp., à cet égard, A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, 2e éd., t. I, Paris, 1919, p. 833-834.

3. Comp. J. Cruet, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, Paris,

en présence d'arrangements, quelque peu inattendus et complexes, tels que les cessions à tempérament impliquant mélange du louage de choses et de la vente[1], certaines formes du contrat d'entreprise juxtaposant le louage d'ouvrage à la vente[2], le contrat d'édition[3], le contrat dit de coffre-fort[4], le contrat de déménagement[5], la plupart des juristes modernes portent leur effort sur le rattachement de ces combinaisons nouvelles à l'un des types de contrats réglés par la loi. Les plus hardis vont, à grand'peine, jusqu'à la conception de contrats mixtes, contenant juxtaposés les éléments de plusieurs contrats nommés distincts[6].

E. Flammarion, 1908, p. 112 : « Toutes les fois que la pratique des » affaires crée un nouveau type de contrat, on assiste à un effort des » juristes professionnels pour le faire rentrer dans les cadres » préétablis de tel contrat connu : mais cet effort même, par son » insuccès, démontre le caractère original de la convention nouvelle » et combien il est vain de refuser à cette convention spéciale les » règles spéciales qui résultent de sa nature économique. »

1. Voy. notamment : Civ. rej., 22 décembre 1909, *Sirey*, 10. 1. 191 et les références de la note. — J. Cauvière, *Un prétendu cas de vente à tempérament*, dans *Annales de droit commercial*, 1902, t. XVI, 1re partie, p. 49-56. — *La réserve de propriété au vendeur de meubles dans les ventes par mensualités :* deux études de P. Sumien et J. Acher, dans *Annales de droit commercial*, 1904, t. XVIII, p. 247-266.

2. Voy., par exemple : Civ. cass. et Civ. rej., 18 octobre 1911, D. P., 12. 1. 113, avec note de M. Planiol ; *Sirey*, 12. 1. 449, avec note d'E. Gaudemet.

3. Voy. Trib. comm. Seine, 4 juin 1896, D. P., 98. 2. 73, note J. Valery ; *Sirey*, 99. 2. 217, note A. Esmein.

4. Voy. J. Valery, *Traité de la location des coffres-forts*, Paris, 1905.

5. Voy. A. Wahl, *Nature juridique du contrat de déménagement*, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1911, t. X, p. 507-529.

6. Voy. surtout : M. Planiol, note sous Civ. cass. et Civ. rej., 18 octobre 1911, D. P., 12. 1. 113. — *Adde*, du même auteur : *Classification synthétique des contrats*, dans *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1904, nouvelle série, t. XXXIII, p. 470-490. — Note, sous Req. rej., 5 décembre 1906, D. P., 1907. 1. 249. — *Traité élémentaire de droit civil*, 8e éd., t. II, Paris, 1921, no **1352** *bis*, p. 449-450, où il cite comme le plus bel exemple de contrat complexe : le contrat d'hôtellerie. Voy. encore : *ibid.*, p. 542-543 (no **1666** *bis*). — *Une association méconnue. Auteurs et directeurs de théâtre*, dans *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1909, nouvelle série, t. XXXVIII, p. 10-14.

Bien peu acceptent franchement l'idée de contrats *sui generis* (ou innommés au sens que comporte encore le droit moderne)[1], à régir suivant leur but propre, en n'empruntant aux catégories légales que les règles recommandées par une analogie décisive de fonction économique[2].

Il y a plus. On rencontre parfois, sous la plume de certains maîtres de notre droit contemporain, des assertions dont on se demande comment elles se peuvent accorder avec les principes fondamentaux de l'organisation juridique moderne sur la liberté des conventions. — Ainsi, à propos du contrat d'édition, A. ESMEIN, après avoir reconnu la faculté, pour l'auteur et l'éditeur, de préciser le contenu de leurs accords, ajoute : « Mais, si leur prévoyance est en défaut sur quelque point, si l'exécution du contrat fait naître entre eux quelque difficulté qu'ils n'ont point prévue et qu'ils vont soumettre au juge, celui-ci, à moins qu'il s'agisse simplement de déterminer la portée d'une obligation d'après l'équité et l'usage, conformément à l'article 1135 du Code civil, ne pourra trancher le litige qu'en ramenant le contrat à l'un de ceux qui sont prévus et réglementés par la loi et en appliquant les règles qu'elle édicte. » Cette étrange affirmation est simplement justifiée par l'observation, que notre droit civil et commercial est une législation écrite et non un système coutumier. Et elle trouve non pas une limite, mais, tout au plus, un correctif, dans la possibilité reconnue, pour le juge, de suppléer les clauses

1. Comp. Fr. GENY, *Méthode d'interprétation et sources*, Paris, 1899, p. 527, note 2, et p. 529, note 2, *in fine*; 2e éd., 1919, t. II, p. 153, note 5, p. 156, note 2, *in fine* (nº **171**).

2. Voy., par exemple : E. GAUDEMET, Note sous Civ. cass. et Civ. rej., 18 octobre 1911, *Sirey*, 12. 1. 449. — Comp. R. DEMOGUE, Note sous Civ. rej., 25 juin 1907, *Sirey*, 1908. 1. 81, spécialement p. 83, col. 1, *in fine*. — Telle serait aussi la jurisprudence, en matière de contrat de déménagement, suivant A. WAHL, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1911, t. X, p. 518. — Voy. aussi très nettement : Douai, 25 février 1903, sous Civ. rej., 25 juin 1907, *Sirey*, 1908. 1. 81 (texte du jugement confirmé par adoption de motifs, p. 84, col. 3).

devenues « de style » par un usage répété[1]. — Cherchant à justifier la jurisprudence, qui réduit, en cas d'excès, le salaire stipulé au profit d'un mandataire, L. Guillouard répond ainsi à l'argument tiré, en sens contraire, du principe de la liberté des conventions et de la règle de l'article 1134 du Code civil français : « Sans doute, en thèse générale, les parties sont libres d'arrêter comme elles le veulent leurs conventions, et l'accord de leurs volontés forme leur loi, que les tribunaux doivent sanctionner. Mais, dans l'usage de cette liberté qui leur est donnée, les parties doivent respecter les règles essentielles du contrat qu'elles font, le caractère d'irrévocabilité dans la donation, les garanties du vendeur dans la vente d'immeubles, l'obligation de garantie dans le louage, etc.... et, dans le mandat, le caractère essentiel de *gratuité relative* maintenue par les rédacteurs du Code »[2]. N'y a-t-il pas, en tout cela, des confusions singulières? Si l'inobservation de l'irrévocabilité essentielle, qui lui est imposée par la loi (art. 943-946 C. civ. franç.), entache d'une nullité radicale (*in parte qua*) la donation entre vifs, c'est que le Code civil a limité la faculté de disposer gratuitement à des types prédéterminés, qu'on ne peut modifier ni augmenter (art. 893 cbn. art. 894 C. civ. franç.). Mais, pas plus qu'il n'est interdit à un vendeur de renoncer aux sûretés légalement établies pour le paiement du prix ou à un locataire de louer sans garantie sous les limites imposées par l'ordre public (arg. art. 1628-1629 C. civ. franç.), pas plus on ne peut empêcher l'introduction d'une rémunération dans un contrat tendant, pour le surplus, aux effets normaux du mandat. Et, si l'on doit admettre, malgré cela, la faculté pour le juge de réduire

---

1. A. Esmein, Note sous Trib. comm. Seine, 4 juin 1896, *Sirey*, 99. 2, p. 217, col. 2-3.

2. L. Guillouard, Du contrat de mandat, n° **166**, dans *Traité des contrats aléatoires et du mandat*, Paris, 1893, p. 496-497. Comp. p. 495-496.

un salaire, tenu par lui pour excessif[1], c'est en vertu des considérations d'équité qui, suivant nos conceptions actuelles, limitent le jeu de l'autonomie des volontés[2].

En définitive, toutes ces tendances de notre doctrine, vers un retour aux catégories spécifiques des contrats obligatoires[3], qui semblent condamnées par les principes fondamentaux du droit moderne, ne font que montrer l'intérêt permanent d'une « catégorisation » consciemment établie, pour maintenir, en face d'une justice aux bras largement ouverts, la fermeté et la précision des institutions juridiques.

210. — N'y aurait-il pas, pourtant, au milieu de ces hésitations, de ces disparates, de ces contradictions même, qui embarrassent aujourd'hui toute notre théorie des contrats[4], au point d'en entraver gravement l'évolution concrète, une direction sûre, capable d'assurer à la pratique le cadre, à la fois ferme et souple, où elle pût s'épanouir à l'aise, sans perdre la précision de contours, qui demeure le desideratum essentiel de toutes les institutions juridiques ? — Il semble que pareille direction se trouve fort nettement tracée dans l'article 1107 du Code Napoléon, de

1. Voy., contre la jurisprudence le plus généralement suivie : Nancy, 17 février 1914, *Sirey*, 14. 2. 215.

2. Comp. J. Perrin, *Essai sur la réductibilité des obligations excessives*, en dehors des questions de réserve de sûretés et de garantie, thèse de doct. Droit, Paris, 1904-*1905*, p. 119-206, notamment p. 168-172 et p. 322-342. — E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, thèse de doct. Droit, Dijon, 1911-*1912*, p. 437-438.

3. *Adde*, pour une autre application : Fr. Geny, *Méthode d'interprétation*, Paris, 1899, 2e éd., 1919, n° **73**.

4. Bien que, pour mieux assurer la précision des idées, nous envisagions, principalement et avant tout, les conventions productives d'obligations (*contrats*, au sens romain du mot), ce que nous dirons d'elles s'appliquera à toutes les conventions créatrices d'effets juridiques, du moins dans l'ordre patrimonial (notamment : conventions tendant à modifier ou éteindre des obligations préexistantes ; conventions relatives aux droits réels).

telle sorte qu'il suffise presque de développer simplement le sens plein de ce texte, pour l'exprimer tout entière. Aussi bien, ressort-elle des explications, suggérées par sa disposition, aussi limpide que simple, à la plupart des commentateurs de l'ancienne École[1]. Et, il a fallu les raffinements d'interprétation, dus à un sentiment, mal débrouillé, du rôle technique des catégories, pour susciter les troubles, au milieu desquels nous voyons s'agiter vainement une doctrine plus récente[2].

En présence du principe de liberté ou d'autonomie des volontés privées, tel que le consacre, implicitement et explicitement (art. 1134-1135 C. civ. franç.), notre droit moderne, on ne peut sérieusement nier ou méconnaître que les libres accords des particuliers constituent, à leur guise, des contrats, aux contenus infiniment, voire même indéfiniment, variés[3]. Et, on ne doit leur refuser, ni de

1. Voy. notamment : L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations,* sur l'art. 1107, nos **1-8**, 2e éd., Paris, 1885, t. II, p. 30-36. — Demolombe, *Cours de Code civil,* t. XXIV, nos **28-29**. — Aubry et Rau, *Cours de droit civil français,* § **341**-5e, 5e éd., t. IV, Paris, 1902, p. 473-474. — Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique de Code civil,* sur l'art. 1107, t. V, nos **10-12**. — F. Laurent, *Principes de droit civil français,* t. XV, nos **443-444**. — G. Baudry-Lacantinerie et L. Barde, *Des obligations,* t. I, n° **20**.

2. Voy. notamment les citations et références indiquées ci-dessus p. 136, notes 1-6, et p. 137, texte et notes 1-2 (n° **209**). — *Adde,* entre autres : A. Wahl (*Nature juridique du contrat de déménagement*), dans *Revue trimestrielle de droit civil,* 1911, t. X, p. 518, et note sous Paris, 14 novembre 1911, *Sirey,* 14. 2, p. 233, col. 3, *in fine,* et p. 234, col. 1, *initio.* — J. Valery, Note sous Trib. comm. Seine, 4 juin 1896, D. P., 98. 2, p. 73-75, et *Traité de la location des coffres-forts,* Paris, 1905, n° **11**, p. 15-17.

3. C'est ce que conteste, en réalité, M. Planiol (*Classification synthétique des contrats*), dans *Revue critique de législation et de jurisprudence,* 1904, nouvelle série, t. XXXIII, p. 484-486. — Note sous Req. rej., 5 décembre 1906, D. P., 1907. 1. 249. — *Traité élémentaire de droit civil,* t. II, 8e éd., Paris, 1921, p. 450, texte et note 1 (n° **1352** *bis*). — Mais voy. ci-après, p. 144-145 (n° **210**). — *Adde,* en notre sens : E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé,* thèse de doct. Droit, Dijon, 1911-*1912,* p. 200-205.

créer des contrats de types nouveaux, qu'on peut appeler contrats *sui generis,* ou même contrats innommés sans recourir à de malencontreux souvenirs du droit romain [1], ni de modifier, comme ils l'entendent, les règles normales des contrats prévus et organisés par la loi [2]. — Toutefois, ces contrats, établis ou modelés par les volontés particulières, ne jouiront de la valeur ou de l'efficacité juridiques, que dans les lignes catégoriques tracées par les sources de notre système positif et, avant tout, par la loi. Ceci importe, soit pour la formation même du contrat, dont les conditions dépendent nécessairement des « catégories réelles » qui le circonscrivent, soit pour son contenu ou ses effets, où nous rencontrons, sous le jeu des mêmes catégories, tantôt des règles impératives, limitant brutalement l'essor des volontés, tantôt des règles simplement interprétatives, qu'écarterait valablement une volonté contraire, tantôt des règles proprement dispositives, exprimant la façon, dont l'organisation juridique positive (le plus souvent la loi) entend le contrat, qu'il s'agit d'apprécier [3].

Or, toutes ces catégories, restrictives ou régulatrices de l'autonomie des volontés privées, se dégagent, tant de la théorie du contrat en général, que des préceptes posés, pour les sphères spéciales qu'ils embrassent, au sujet des contrats particuliers. En présence d'une convention donnée, dont on doive reconnaître et préciser la valeur juridique, il y a lieu, d'abord, d'apprécier les volontés échangées,

---

1. Voy. *contra :* A. Esmein, Note sous Trib. comm. Seine, 4 juin 1896, *Sirey,* 99. 2, p. 217, col. 2-3.

2. Voy. *contra :* L. Guillouard, *Du contrat de mandat,* n° **166**.

3. Comp., sur cette distinction : Fr. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif,* Paris, 1899, p. 526, texte et note 1, ou 2e éd., 1919, t. II, p. 153, texte et note 1, avec les références (n° **171**). — Et, sur le principe développé au texte : Note (sous Ch. réun. cass., 2 juillet 1903), dans *Pandectes françaises périodiques,* 1903. 1. p. 502-503 (§ III).

sous les divers points de vue indiqués plus haut [1], à la mesure des principes consacrés pour tout contrat comme tel [2]. De plus, il faut voir si notre convention ne répond pas à un type particulièrement prévu, dont les règles se surajouteraient, pour elle, aux règles générales du contrat, ou, — en cas de divergence, fort peu probable d'ailleurs, avec celles-ci, — y dérogeraient par la vertu de la supériorité appartenant au concret sur l'abstrait [3].

D'ailleurs, ces règles, édictées pour certains contrats, spécialement prévus et organisés par le droit moderne (contrats nommés *hoc sensu*), s'étendent nécessairement aux autres contrats particuliers (contrats innommés), qui présentent, avec les premiers, un trait commun décisif sur le point ayant motivé les règles dont il s'agit. Autrement, il serait trop facile d'échapper aux prises des « catégories réelles », par le moyen de conventions établies en dehors ou à côté du cadre légal; et il faut que celui-ci embrasse tout ce qui s'adapte à l'une ou à l'autre de ses précisions. — Mais, là apparaît précisément le point vraiment délicat de l'application de cette théorie. Car il est souvent bien malaisé de discerner les traits, propres et spécifiques, de telle ou telle clause, concrètement stipulée, par rapport aux types légalement réglementés. Et, par exemple, si l'on ramène assez généralement la dation en paiement à une vente ou à un échange (arg. art. 1595 et 1707 C. civ. franç.), si l'on adapte sans peine au contrat d'association (art. 1er L. 1er juillet 1901) certaines règles des sociétés [4],

1. Voy., ci-dessus, la fin de l'alinéa qui précède, p. 141 (n° **210**).

2. Voy. une application de cette idée présentée par G. Schumann, *Die juristische Konstruktion der Plakatreklameverträge*, dans *Deutsche Juristen Zeitung*, 1911, t. XVI, p. 703-704 (Sprechsaal).

3. Ainsi me paraît se justifier l'adage : *Specialia generalibus derogant.*

4. Comp. Comte de Vareilles-Sommières, *Du contrat d'association ou la loi française permet-elle aux associations non reconnues de posséder?* Paris, 1893, p. 7-9. Comp. p. 13-15, p. 30, p. 33-34, p. 73-74, p. 83, p. 164, p. 170, p. 175-176, p. 190. — Les idées, présentées dans ces passages, n'ont rien perdu de leur valeur depuis la

on hésitera davantage à imposer la limitation du taux de l'intérêt, édictée en vue du prêt d'argent (L. 3 septembre 1807[1]), à toute autre stipulation de sommes, telle que celle d'un prix de vente par exemple[2]. Pourtant, il n'y a pas de différence économique bien tranchée entre mettre des deniers aux mains d'un emprunteur ou laisser à la disposition d'un acheteur le montant du prix en argent dont la vente l'a rendu redevable. Ce qui est certain, en tout cas, c'est qu'on n'est fondé à adapter à une convention, arrêtée en certains termes concrets, les règles afférentes à un contrat organisé de toutes pièces par la loi, qu'en tant qu'elles correspondent à sa fonction économique[3].

Ceci posé, tout serait simple, si l'on pouvait justement prétendre que toutes les combinaisons, imaginables de la part des volontés, traduisant les intérêts divers, rentrent, nécessairement et *a priori*, dans les cadres des contrats nommés,

---

loi du 1er juillet 1901, qui, malgré son titre, ne réglemente pas, en réalité, — ou si peu, — le *contrat* d'association.

1. On sait que cette limitation est aujourd'hui suspendue suivant la loi du 18 avril 1918, art. 1.

2. Comp., sur cette question, d'une part : DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. XXIV, n° **640**. — AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, § **396**, texte et notes 34-36, 5e éd., E. BARTIN, t. VI, 1920, p. 116. — L. GUILLOUARD, *Du contrat de prêt*, n° **156**, dans *Traités du prêt, du dépôt et du séquestre*, Paris, 1892, p. 200-202. — M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, 8e éd., Paris, 1921, n° **2078**, p. 657. — Civ. rej., 13 mars 1899, D. P., 1900. 1. 5; — et, d'autre part : DEMANTE et COLMET DE SANTERRE, *Cours analytique de Code civil*, t. VII, sur l'art. 1652, n° **97** *bis* I. — F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. XXIV, n° **332**. — A. BOISTEL, Notes sous : Paris, 20 janvier 1892, D. P., 93. 2. 305-308; sous Dijon, 12 décembre 1894, D. P., 98. 2, p. 203; et sous Civ. rej., 13 mars 1899, D. P., 1900. 1, p. 5-6.

3. Cette idée est à la base de l'excellente étude, présentée, à propos de certains effets du contrat d'entreprise, par E. GAUDEMET, dans sa note sous Civ. cass. et Civ. rej., 18 octobre 1911, dans *Sirey*, 12. 1, p. 449 à 453. — Oserai-je dire qu'un point reste encore douteux, à mes yeux, en la question discutée par cette note? Il y est *affirmé*, mais *non prouvé*, que le profit de l'entrepreneur ne contient aucun élément répondant à la charge, qu'imposerait éventuellement la responsabilité des vices cachés.

tels que les a tracés la loi. En présence de telle convention concrètement libellée, il s'agirait seulement de découvrir le compartiment légal, où elle doit infailliblement trouver sa place [1]. C'est ce que paraît admettre M. PLANIOL [2]. — Mais la supposition, dont il part, est manifestement fausse, au regard de notre système français de contrats nommés. Et, sans même recourir aux exemples décisifs, que fournirait sans peine le jeu infiniment divers des vouloirs humains, c'est assez de considérer quelques contrats typiques de la vie contemporaine, tels que le contrat d'édition sous ses formes les plus courantes [3], le contrat de révélation de succession [4], le contrat de report [5], pour apercevoir que ce n'est qu'au moyen d'un forcement inacceptable, qu'on pourrait les faire entrer dans les moules tout faits de nos contrats nommés [6]. — Il est vrai que M. PLANIOL imagine, en vue d'une classification vraiment synthétique des contrats,

---

1. Les juges du fond ont, à cet égard, pouvoir souverain d'appréciation, pourvu qu'ils ne dénaturent pas la volonté certaine des parties. Cons. Rapport COTELLE, sous Req. rej., 21 juillet 1897, D. P., 98. 1. 269. — Civ. rej., 22 décembre 1909, *Sirey*, 1910. 1. 191. — Voy. pourtant BEUDANT, *Cours de droit civil français*. Les contrats et les obligations, Paris, 1906, n° **314**, 3° et 4°, p. 180.

2. M. PLANIOL, *Classification synthétique des contrats*, dans *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1904, nouvelle série, t. XXXIII, p. 480, p. 483-486. — *Traité élémentaire de droit civil*, 8e éd., t. II, Paris, 1921, p. 449-450 (n° **1352** *bis*).

3. Voy. A. ESMEIN, Note sous Trib. comm. Seine, 4 juin 1896, *Sirey*, 97. 2, p. 217-219.

4. Voy. notamment : Paris, 12 mars 1894, *Sirey*, 94. 1. 193. — Trib. Nevers, 13 mars 1905, *Sirey*, 1906. 2. 219. — Rouen, 15 mai 1909, *Sirey*, 1909. 2. 207. — Lyon, 1er mai 1911, *Sirey*, 12. 2. 243.

5. Voy. CRÉPON, Rapport précédant Civ. cass., 1er mars 1897, dans *Sirey*, 97. 1, p. 221-224.

6. On en pourrait dire autant des divers contrats d'assurances terrestres, auxquels ne peuvent suffire les dispositions, trop spéciales, consacrées, par le Code de commerce de 1807 (liv. II, tit. X, art. 332-396), aux assurances maritimes. — C'est en vain que M. PLANIOL a prétendu faire entrer l'assurance dans les cadres normaux des contrats nommés (*Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1904, N. S., t. XXXIII, p. 481-483). — Voy. d'ailleurs, le même, *Traité élémentaire de droit civil*, 8e éd., t. II, Paris, 1921, nos **2140-2203**, p. 673-691.

des cadres plus larges, établis par abstraction des éléments effectifs des conventions humaines, et où, par suite, les combinaisons les plus variées trouvent leur place[1]. Le malheur est, que ces nouvelles catégories manquent de règles précises, par cela même qu'elles déforment, à plaisir, tout le jeu, essentiellement concret, des conventions organisées par la loi. — Peut-être une habile généralisation des règles de nos contrats nommés corrigerait-elle, en partie, cette défaillance. Le travail reste à faire; et il vaudrait d'être tenté. Mais, quel qu'en puisse être le succès, nous pouvons être assurés d'avance, que, mises en regard la mouvance infinie des intérêts ou des vouloirs humains et les décisions étroitement précisées de nos textes, il reste, dans notre droit positif français de l'heure présente, une place nécessaire, indispensable, pour certains contrats innommés, qui échappent, en totalité ou en partie, à toutes règles spéciales préétablies. C'est ce qu'a bien compris notre jurisprudence, qui, tout en donnant la plus large extension au système légal de nos contrats nommés, a su reconnaître parfois des contrats *sui generis*, à régir suivant leur nature propre et sans faire intervenir une analogie inadéquate[2].

Que si l'on passe du point de vue strictement positif au point de vue de la législation désirable (*de lege ferenda*), on peut penser qu'il conviendrait aujourd'hui de multiplier le nombre des contrats, spécialement prévus et réglementés,

1. M. PLANIOL, *Classification synthétique des contrats*, dans *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1904, nouvelle série, t. XXXIII, p. 471-480, p. 480-485. — *Traité élémentaire de droit civil*, 8e éd., t. II, Paris, 1921, p. 449-450 n° **1352** *bis*.

2. Voy., par exemple, pour le report : Civ. cass., 1er mars 1897, *Sirey*, 97. 1. 220. — Paris, 14 novembre 1911, *Sirey*, 14. 2. 233. — P. VANDER EYCKEN, *Méthode positive de l'interprétation juridique*, Paris et Bruxelles, 1907, p. 223 n° **123**-B., observe que la reconnaissance, d'un contrat *sui generis* par la jurisprudence, constitue normalement un progrès sur le rattachement, quelque peu forcé, qu'on en aurait fait, d'abord, à l'un des contrats nommés.

de façon à enserrer juridiquement, en des catégories plus strictes, le fantaisiste essor des volontés humaines[1]. Telle est bien, ce semble, la tendance moderne[2], qui peut paraître nous ramener vers la « catégorisation » romaine. — Entre les deux systèmes, cependant, une différence fondamentale subsiste, analogue, d'ailleurs, à celle que nous avons constatée précédemment pour le rôle des formes juridiques[3]. Tandis qu'à Rome les catégories de contrats, étroitement spécifiés dans leurs éléments constitutifs, étaient nécessaires pour assurer à la convention obligatoire la reconnaissance et la sanction du droit, chez les modernes, cela n'est plus vrai que du cadre très général, qui définit le contrat juridique, en soi (catégorie *générique*), et les catégories, spéciales et précises, de nos contrats nommés (catégories *spécifiques*) n'interviennent plus que pour faciliter le jeu des volontés, dans les limites que leur assigne l'organisation juridique[4].

---

1. De ce point de vue, les idées de M. PLANIOL, rappelées ci-dessus, p. 144, texte et notes 2 et 6; p. 145, texte et note 1 (n° **210**), pourraient servir de cadre à un projet de réforme de notre droit actuel.

2. Elle se traduit, soit dans les législations étrangères (voy. par exemple, Code civil allemand de 1896, liv. II, sect. VII, tit. I-XXII et les lois d'Empire spéciales, telles que loi sur le contrat d'édition du 19 juin 1901 [*Annuaire de législation étrangère*, 1902, t. XXXI, p. 127-143]; — loi du 30 mai 1908 sur le contrat d'assurance [*Annuaire de législation étrangère*, 1909, t. XXXVIII, p. 127-167]; — sans parler des codes spéciaux, tels que le Code de l'industrie [Gewerbeordnung], le Code d'assurance ouvrière du 19 juillet 1911 [*Annuaire de législation étrangère*, 1912, t. XLI, p. 119-128]) (Voy. aussi le Code fédéral suisse des obligations, texte du 30 mars 1911, tit. VI-XXXII [deuxième et troisième parties]); — soit dans la législation française récente (loi du 18 juillet 1889, sur le bail à colonat partiaire; — loi du 8 février 1897, sur les domaines congéables; — loi du 8 mars 1898, sur les vignes à complant; — loi du 1er juillet 1901, relative au contrat d'association; — loi du 25 juin 1902, sur le bail emphytéotique; — Code du travail et de la prévoyance sociale, livre Ier, du 28 décembre 1910) ou en projet (par exemple, projet de loi sur le contrat d'assurance).

3. Comp. ci-dessus, p. 121-122 (n° **206**).

4. Rappr. Fr. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit*

211. — Réduites à ce rôle, les catégories de notre droit moderne attestent encore l'importance de l'instrument technique, qu'elles représentent, et qui reste une pièce indispensable de tout système juridique. Seules, elles permettent d'assurer une pleine application aux dispositions légales (ou coutumières), tendant à réglementer les libres vouloirs et à les astreindre à l'ordre, que requiert, ici comme partout, l'idée même de la justice [1]. — C'est ce qu'il est aisé d'observer surtout, toutes les fois que le droit positif en vigueur (ordinairement la loi) assujettit à des prescriptions déterminées un acte juridique, dont la portée semble particulièrement grave ou dangereuse. Pareil acte ne peut être défini qu'au moyen de la catégorie qui l'encadre et qui renferme en elle l'effet spécifique, que la loi a voulu atteindre. Et, lorsqu'il s'agira de reconnaître exactement quels actes de l'homme comportent les prescriptions dont il s'agit, l'artifice catégorique, judicieusement interprété, signalera le trait décisif, destiné à marquer l'application de la règle [2].

On en rencontrerait de nombreux exemples à propos du

---

privé positif, Paris, 1899, p. 167-168 (n° **80**), p. 527, texte et note 2, p. 529, texte et note 2 (n° **171**); 2ᵉ éd., 1919, t. I, p. 184-186 (n° **80**), t. II, p. 153, texte et note 5, p. 156, texte et note 2 (n° **171**). — Et, pour une application : Fr. GENY, *Des droits sur les lettres missives,* Paris, 1911, t. I, p. 52-53 (n° **29**).

1. Voy. encore, pour une autre application de la même idée : Fr. GENY, *Des droits sur les lettres missives,* Paris, 1911, t. I, p. 52-54 (n° **29**).

2. On pourrait justifier cette idée, *a contrario,* en observant la difficulté, que présente l'application des règles du droit à un acte qui ne peut être nettement caractérisé : ainsi la dation en paiement, dont la nature propre oscille entre l'échange ou la vente avec compensation d'une part (voy. ci-dessus, p. 142, *in fine* (n° **210**)), le paiement ou la novation d'autre part. Cons. là-dessus : M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil,* t. II, 8ᵉ éd., 1921, n°ˢ **522-528**, p. 172-174. — A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil,* 2ᵉ éd., t. II, 1920, p. 511-513. — F. ESCARRÉ, *De la dation en paiement en droit français,* thèse de doct. Droit, Toulouse, 1897-*1898*. — E. DORBLET, *La dation en paiement,* thèse de doct. Droit, Paris, 1904-*1905*.

partage, que sa nature complexe a fait soumettre à tant de règles anormales, tranchant parfois violemment sur les réalités ou sur le droit commun. Pour préciser le domaine d'application de ces règles, il faut découvrir le trait qui les justifie. Et ce trait varie parfois avec les règles elles-mêmes ; de telle sorte qu'on peut distinguer, sous l'étiquette commune de partage, diverses catégories spécifiques, dont chacune comporte, sous tel ou tel point de vue, un règlement propre. — On sait notamment quelles difficultés a soulevées la portée à assigner à l'effet déclaratif du partage quant aux actes qu'il devra régir : division en nature, partage avec soulte, licitation sous ses diverses formes, cession de droits successifs, etc..., et combien de distinctions, d'éliminations, de précisions de toute sorte ont paru nécessaires pour spécifier et délimiter la catégorie du partage déclaratif [1]. Avec elle ne se confond pas la catégorie du partage rescindable pour cause de lésion. Et, pour mieux maintenir, contre tous détours, la sanction énergique de l'égalité qu'il impose ici, le législateur lui-même y a soumis expressément des actes, qui ne jouiraient pas de l'effet déclaratif, du moment qu'ils font cesser une indivision et qu'aucune circonstance n'exclut, par ailleurs, l'idée de lésion. Ainsi s'expliquent les articles 888 et 889 du Code Napoléon, auxquels une interprétation judicieuse a su reconnaître toute leur portée [2].

1. Voy. notamment : A. Wahl, *Les variations de la jurisprudence sur les différentes questions relatives à l'effet déclaratif du partage*, dans *Le Code civil. Livre du centenaire*, Paris, 1904, t. I, p. 443-514. — M. Dessertaux, *Essai d'une théorie générale de l'effet déclaratif en droit civil français*, thèse de doct. Droit, Dijon, *1908*-1909, Paris, 1908, chap. v, p. 269-434. Comp. nos **74-97**, p. 140-192 (chap. III, B). — M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. III, 7e éd., Paris, 1918, nos **2380-2410**, p. 558-572.

2. M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. III, 7e éd., Paris, 1918, nos **2425-2428**, p. 575-576. — A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, Paris, Dalloz, t. III, 2e éd., 1921, p. 579-581.

D'un autre côté, en raison de la gravité de ses conséquences, le partage, lorsqu'il intéresse des incapables, mineurs ou interdits du moins, est assujetti à des formes fort compliquées et gênantes (art. 466 et 838 C. civ. franç.; art. 966-984 C. proc. civ. franç.). — Pour échapper aux frais, aux lenteurs, aux entraves de toute sorte, qui en résultent, les intéressés tenteront volontiers de s'y dérober, en présentant leur acte sous un vêtement juridique différent, qui admettrait des formes plus simples ou moins coûteuses. L'intérêt de la protection des incapables, telle que l'entend notre législation, exige pourtant qu'on ramène à l'exigence des formes légales tout acte entraînant, pour des mineurs ou des interdits, cette répartition de biens, que la loi tient pour tout particulièrement grave et dont elle subordonne la validité à des formalités plus minutieuses. Ici encore, se présentera la nécessité d'une catégorie juridique, spécifiant le partage, sous le point de vue des dangers qu'il recèle pour les incapables (mineurs ou interdits du moins), qui s'y trouvent engagés. — Dans la construction de cette catégorie, notre jurisprudence paraît avoir manifesté des tendances divergentes. — Parfois, mus par le désir de simplifier la vie juridique et de réduire les frais imposés aux incapables, les arrêts ont admis que, pourvu que l'opération présentât l'aspect d'un litige à résoudre, les formes plus simples et moins coûteuses de la transaction suppléaient valablement celles du partage pour les mineurs [1], alors que, s'agissant, en tout cas, d'un acte de répartition des biens, la simple application de la loi semblait requérir, avant tout, les formalités du partage judiciaire [2], dût-on y ajouter, *s'il y avait lieu,* celles de la

1. Voy. notamment : Civ. rej., 30 août 1815, *Sirey chron.*, C. N. V. 1. 97. — Angers, 7 août 1874, *Sirey*, 75. 2. 105. — Angers, 29 août 1884, *Sirey*, 85. 2. 61; — et surtout Civ. cass., 5 décembre 1887, *Sirey*, 88. 1. 425.

2. Voy., surtout, en ce sens : Ed. Meynial, Note sous Civ. cass., 5 décembre 1887, *Sirey*, 88. 1, p. 425-427. — *Adde :* F. Laurent, *Prin-*

transaction intéressant un mineur (art. 467 C. civ. franç.). — En d'autres cas, une pratique, inspirée d'un esprit tout différent, et plus conforme, ce semble, aux exigences intimes de notre système juridique, a été établie par les arrêts. Il s'agissait de réaliser valablement l'aliénation des valeurs mobilières restées indivises entre coïntéressés, dont quelques-uns étaient mineurs. Il paraissait permis de croire que les formalités prescrites par la loi du 27 février 1880, articles 1 à 4, seraient, ici, suffisantes. Mais, pénétrant les apparences présentées par cette vente prétendue, les magistrats ont observé, fort justement, que la transformation de valeurs indivises en un prix de vente aboutissait, par la force des choses, à une répartition de ce prix entre les intéressés; et, pour sauvegarder les intérêts des incapables, ils n'ont consenti à autoriser les aliénations qu'on leur soumettait, qu'en les subordonnant à la condition d'un remploi tendant à maintenir, sur d'autres valeurs, l'indivision primitivement établie [1]. Cette solution est d'autant plus remarquable, qu'il ne semble pas qu'on l'ait jamais proposée, pour entraver de façon analogue, la vente des immeubles, où les mineurs n'auraient que des droits indivis [2], bien que les formalités judiciaires prescrites

---

cipes de droit civil français, t. X, n° **295**. — Paris, 23 juillet 1840, *Journal du Palais,* 1840. 2. 689. — Trib. civ. Loudun, 4 février 1882, *Sirey,* 82. 2. 142. — Comp. C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon,* t. XV, n° **608**, *in fine.* — M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil,* t. III, 7e éd., Paris, 1918, p. 549, note 1 (n° **2352**).

1. Voy. Trib. Seine, 23 juin 1880, sous Circul. ministre de la Justice, 20 mai 1880, D. P., 81. 3. 70. — Trib. Seine, 7 décembre 1883, Dalloz, *Supplément au Répertoire,* v° *Minorité,* n° **419**, note 2. — Civ. cass., 15 juillet 1890, *Sirey,* 91. 1. 9, et note Ch. Lyon-Caen. — M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil,* t. III, 7e éd., Paris, 1918, p. 549 (n° **2352**, *in fine*). — Comp. Justice de paix Reims, 27 août 1900, D. P., 1901 2. 165. — Il semble qu'on puisse, à l'appui de ces solutions, invoquer par analogie la disposition de l'article 888, alinéa 1, du Code civil, telle que l'expliquent, entre autres, A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français,* t. III, 1921, p. 579-580.

2. Il est vrai qu'en pratique les tribunaux, autorisant (par homolo-

pour ces ventes (art. 457-459 C. civ. franç.; art. 953-965 C. proc. civ. franç.) ne s'identifient pas avec celles du partage judiciaire exigées en faveur des mêmes incapables (art. 466 et 838 C. civ. franç.; art. 966-984 C. proc. civ. franç.). Elle montre bien, à nos yeux, jusqu'où se peut étendre la catégorie réelle du partage, pour assurer la protection, dont notre droit positif entoure, à son égard, les mineurs et les interdits.

Des difficultés analogues peuvent être prévues, relativement à la catégorie du contrat de mariage, en tant qu'elle comporte l'application de règles spécifiques, telles que les formes, la préexistence au mariage, l'immutabilité (art. 1394-1397 C. civ. franç.), ou la capacité spécialement admise à son endroit (art. 1398 C. civ. franç.). Il s'agira de distinguer, pour les soumettre exactement à ces règles, parmi les conventions diverses intervenues entre personnes aujourd'hui mariées, lesquelles tombent dans le domaine du contrat de mariage proprement dit, lesquelles resteraient en dehors. — Sans insister sur la question, qui paraît n'avoir guère retenu l'attention des juristes français, je me contenterai d'indiquer, qu'à mon avis, la notion de régime matrimonial, qui paraît fixer adéquatement le contenu du contrat de mariage, ne peut se préciser elle-même que par rapport à un ensemble concret de dispositions, que peut seul fournir le régime matrimonial de droit commun complété au moyen des régimes conventionnels organisés par la loi[1]. En tout cas, on aperçoit ici

gation d'avis de famille ou directement, suivant les cas) la vente d'immeubles, où des mineurs ont des droits indivis, prescrivent parfois des mesures, destinées à réserver entre les mineurs la situation d'indivision. Voy., par exemple, le dispositif de Douai, 22 janvier 1894, *Sirey*, 94. 2. 311. — Mais ce n'est pas pour eux une règle absolue, comme celle qu'a établie la jurisprudence à propos des valeurs mobilières nominatives appartenant à des mineurs dans les mêmes conditions.

1. Voy. ce que j'ai écrit, à ce sujet, dans : *Code civil allemand* (trad. du Comité de législation étrangère), t. III, Paris, 1908, sur l'art. 1432, note 1, II, p. 217-218.

encore le rôle notable des catégories réelles dans le droit moderne. — Et, l'on en trouverait une autre application, mieux connue, à propos d'une notion, moins techniquement déterminée, celle des « avantages matrimoniaux », dont le régime juridique, tel qu'il résulte de nombreuses dispositions de notre droit (art. 299, al. 1, 1496, al. 2, 1516, 1525, al. 2, 1527, al. 3; comp. art. 767, al. 8 C. civ. franç.), tranchant parfois sur celui des libéralités entre époux (art. 1091-1100 C. civ. franç.)[1], ne peut fonctionner que moyennant une précision catégorique[2].

212. — Si les catégories réelles interviennent surtout, pour assurer le jeu des volontés humaines, en le cantonnant ou le régularisant dans le cercle tracé par les principes supérieurs de l'ordre juridique, il n'est pas sans exemple qu'elles puissent servir aussi à rompre, en quelque mesure, une prescription trop étroite de notre droit positif et ouvrir ainsi passage à des créations, qui semblent requises par un intérêt social, resté en fermentation latente sous le couvert rigide de restrictions arbitraires ou excessives. — C'est ce qui permet d'expliquer une théorie, des plus énigmatiques, de notre jurisprudence civile française moderne, la théorie des donations sans forme, reconnues valables, notamment comme donations déguisées, en dépit des prescriptions nettement impératives de la loi.

Deux mots suffiront pour rappeler comment s'est posé le problème. — En face de l'autonomie libre des volontés privées, qui demeure la règle suprême de notre commerce juridique, le législateur français a entendu enserrer, en des lisières fort strictes, les dispositions gratuites de biens,

---

1. Comp. E. Bartin (sur le *Manuel* de Colin-Capitant), dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1914, t. XIII, p. 75.

2. Cons. R. Saleilles, *Une interprétation vaudoise d'une disposition du Code civil français* (Mémoire sur un cas d'application de l'article 156-1° du Code civil du canton de Vaud, de 1819), dans *Revue trimestrielle de droit civil*, Supplément au n° 1 de 1914, 158 p.

qu'il tenait pour inféconds dans l'ordre économique, en même temps que peu favorables, en général du moins, dans l'ordre moral, comme dangereuses, pour le disposant lui-même exposé à des entraînements ou à des tentatives de captation, pour sa famille menacée de la privation d'attentes légitimes, pour la société enfin qui peut souffrir du contre-coup de ces déplacements fantaisistes des fortunes [1]. — Et d'abord, le Code civil de 1804 a cantonné, en des déterminations très précises, la faculté de disposer gratuitement, soit entre vifs, soit pour après décès, entendant certainement qu'en dehors des cadres qu'il établit, et qui comprennent notamment l'irrévocabilité essentielle pour la donation normale (art. 894; art. 943-946) et la révocabilité, essentielle aussi, pour le testament (art. 895; art. 1035-1038) [2], aucune volonté de se dépouiller sans contre-partie ne pût être juridiquement reconnue. De plus, et sans parler des règles spéciales relatives à la capacité de disposer et de recevoir (art. 901-912 C. civ. franç.), aux modalités des dispositions gratuites (art. 896-900; art. 1048-1074 C. civ. franç.), à leurs causes de révocation (art. 953-966; art. 1046-1047 C. civ. franç.), aux restrictions qu'elles comportent dans l'intérêt des parents proches (art. 913-930 C. civ. franç.), et au rapport que leur impose le principe de l'égalité entre héritiers (art. 843 869 C. civ. franç.),

1. On a pu dire, pour résumer d'un mot toutes ces idées, que notre Code civil français traite la disposition gratuite, et plus encore la donation que le testament, « en acte de prodigalité antifamiliale (voy. dans *Code civil allemand,* trad. du Comité de législation étrangère, Note sous liv. II, sect. VII, tit. II, § I, t. II, Paris, 1906, p. 57). — On sait, d'ailleurs, que les restrictions de la loi se modifient pour les libéralités justifiées par un intérêt de famille, qui comportent des règles en rapport avec leur but: donations en faveur de mariage, donations entre époux, substitutions permises, partages d'ascendants (art. 1048-1100 C. civ. franç.).

2. Cons. Colmet de Santerre, *Observations sur la révocabilité des testaments et l'irrévocabilité des donations entre vifs,* dans *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques,* 1892-2e, t. CXXXVIII, p. 137-150.

notre loi les assujettit à des formes très strictes, plus strictes même pour la donation entre vifs que pour le testament, en ce sens que ce dernier admet, entre diverses formes possibles, un choix (art. 969-1001), qui ne se rencontre pas pour l'acte portant donation, dont la loi a fixé et précisé minutieusement les dehors (art. 931-948 C. civ. franç.).

L'exigence de ces formes, imposées à la donation entre vifs, mise au regard de la définition limitative de l'article 895 du Code civil, et du principe général de la liberté des conventions privées, semblait devoir aboutir au résultat suivant : Les particuliers pourront imaginer toutes sortes de libéralités entre vifs, qui seront valables au fond, pourvu qu'elles répondent, par leurs caractères intrinsèques, à la définition restrictive de l'article 895 du Code civil. Mais ces libéralités ne seront reconnues par le droit que revêtues des formes prescrites par les articles 931-932 et 948 : acte notarié, acceptation solennelle, état estimatif s'il s'agit de meubles donnés. A défaut de ces formes, toute opération, tendant à l'effet d'une libéralité entre vifs[1], reste nécessairement non avenue, au point de vue du droit positif : tout au plus peut-on en déduire l'effet d'une obligation naturelle (art. 1339-1340 C. civ. franç.)[2].

---

1. Sur la difficulté et le moyen de définir l'intention libérale, qui doit être à la base de toute donation et donne à un acte entre vifs le caractère gratuit, cons., notamment : E. Bartin, sur Aubry et Rau, *Cours de droit civil français,* 5e éd., § **646**, note 10, t. X, 1918, p. 448-449.

2. Tel a été l'aboutissement de la transformation historique, — commencée dans notre ancien droit français, et consommée par le Code Napoléon, — du système romain, qui voyait dans la donation une simple opération économique (dépouillement d'une personne, consenti par elle pour en enrichir une autre, sans compensation), susceptible de se réaliser juridiquement par des actes de caractère abstrait comportant les usages les plus divers (Comp. P. Gide, *Études sur la novation et le transport des créances en droit romain,* Paris, 1879, p. 383-385. — Voy. aussi M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil,* t. II, 8e éd., Paris, 1921, p. 195 [no **608**]).

Pareilles conséquences, toutefois, ont paru insupportables à la vie pratique. N'était il pas exorbitant d'assujettir aux formes minutieuses de la loi les multiples manifestations de l'esprit de libéralité, si naturel au cœur de l'homme ? N'y a-t-il pas, dans les exigences des textes, à cet égard, un excès d'autoritarisme, qui n'a jamais pu régner sans fissures, qui, en tout cas, semble incompatible avec le besoin d'indépendance inhérent à la civilisation moderne ? — Sous la pression de ces sentiments et des désirs qu'ils suggéraient, un effort, déja commencé autrefois sous l'ordonnance de 1731, s'est poursuivi après le Code civil, en vue de soustraire, à la prescription des formes requises pour « l'acte portant donation », des opérations produisant le même résultat économique. Et le moyen, généralement employé, a consisté à placer l'opération gratuite, qu'on voulait valider, sous une catégorie juridique, qui parût suffisante à la soutenir, et qui, de soi, échappât aux formes gênantes de la libéralité légale. — Le procédé était singulièrement osé, si l'on observe que les catégories réelles du droit ne sont établies que d'après les caractères intrinsèques (la plupart économiques) des opérations qu'elles encadrent et que la donation entre vifs, spécifiée dans ses éléments de fond par l'article 895 du Code civil de 1804, constitue ainsi une catégorie distincte, que régissent nécessairement les articles 931 et suivants, relatifs aux formes, alors même que, par certains traits de sa réalisation concrète, elle se pourrait rattacher *aussi* à une catégorie juridique différente. — Pour échapper à la conclusion strictement prohibitive, de cette déduction, il a fallu, par une inversion tendancieuse de leur rôle, voir dans les catégories juridiques un instrument d'affranchissement des volontés entravées dans les liens d'un formalisme jugé suranné [1].

---

1. Comp. J. Ray, *De la notion de donation en droit civil français*, thèse de doct. Droit, Paris, *1912*-1913.

L'application était assez aisément admissible, pour les donations, de meubles corporels ou de biens à eux assimilés (titres au porteur), réalisées par voie de dons manuels. Non pas qu'on pût les valider, au moyen d'un simple appel à la règle « en fait de meubles possession vaut titre » (art. 2279 et 1141 C. civ. franç.), qui n'intervient légitimement à leur sujet, que pour en faciliter la preuve, sans faire disparaître, dans les rapports du donateur et du donataire, le caractère gratuit du contrat qu'ils réalisent. Mais on peut dire qu'ici, le contrat gratuit s'absorbe, par la force des choses, dans le transfert de propriété, qui se consomme par la réception de bonne foi des objets donnés[1]. Et surtout, une tradition historique constante, maintenue sans conteste sous l'empire de l'ordonnance de février 1731, apportait une limitation nécessaire aux textes du Code civil, qui reproduisent les dispositions de l'ordonnance, relatives aux formes de la donation entre vifs[2].

Il est déjà plus difficile d'accepter que la stipulation pour autrui, valable en vertu des articles 1121 et 1165 du Code Napoléon, quand elle réalise une libéralité du stipulant (ou parfois du promettant, voire même de tous deux ensemble) au profit du tiers bénéficiaire, dût, par là même, échapper aux formes de « l'acte portant donation ». Car la consécration juridique du contrat en faveur de tiers n'altère en rien, mais plutôt confirme, le caractère gratuit de l'opération, à l'égard du bénéficiaire; et, cette opération, présentant tous les traits intrinsèques de la donation entre-vifs (du moins à partir de l'acceptation du tiers qui empêche toute révocation ultérieure)[3], on n'aperçoit pas de raison décisive pour la soustraire aux formes. Quelle impossibilité y aurait-il, en effet, à ce que ces contrats en faveur de

1. Comp. J. Ray, *De la notion de donation en droit civil français*, thèse de doct. Droit, Paris, *1912*-1913, p. 29-34, notamment p. 33.
2. Comp. C. Bufnoir, *Propriété et contrat*, Paris, 1900, p. 493-499.
3. Comp. C. Bufnoir, *Propriété et contrat*, Paris, 1900, p. 503-504.

tiers dussent, en tant qu'ils doivent réaliser une donation entre vifs, être revêtus des formes prescrites par la loi? Si donc on les en dispense, ce n'est qu'en y voyant une catégorie spécifique, qui se suffise à elle-même, telle que la loi nous la présente, et qui, par suite, exclue toutes exigences étrangères à celles de son but propre (voy. d'ailleurs l'art. 1973, al. 2 C. civ., franç.). — Et, le même point de vue paraît seul capable d'expliquer la dispense des formes de la donation, très généralement reconnue, par l'ensemble de la doctrine comme par la jurisprudence, au profit des libéralités indirectes (sans être nécessairement dissimulées)[1], que peuvent si aisément produire des actes juridiques, nettement catégorisés, tels que paiement pour autrui (*donandi animo*), remise de dette (consentie gratuitement), renonciations abdicatives[2], etc... Dans tous ces cas, et malgré la présence des éléments intrinsèques d'une libéralité entre vifs, la *vertu de la catégorie* a paru suffisante pour justifier la suppression des formes[3].

Mais, on sait que notre jurisprudence est allée beaucoup

---

1. Comp. C. Bufnoir, *Propriété et contrat*, Paris, 1900, p. 504-505.

2. Cons. S. Lessona, *Essai d'une théorie générale de la renonciation en droit civil*, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1912, t. XI, p. 361-387. Voy. notamment p. 383-384. — La jurisprudence française dispense même des formes de la donation la renonciation à succession ou à communauté, faite au profit d'un ou de quelques-uns des coïntéressés du renonçant, qu'elle ne tient pas pour assujettie, *inter partes*, aux formes de l'article 784 du Code civil. — Req. rej., 15 novembre 1858, *Sirey*, 59. 1. 9. — Civ. rej., 9 décembre 1874, *Sirey*, 75. 1. 249. — Poitiers, 30 novembre 1881, *Sirey*, 83. 2. 123. — Comp. Req. rej., 15 février 1882, *Sirey*, 83. 1. 312. — Voy. toutefois, en sens contraire, les observations de M. le conseiller Nicolas, sur Req. rej., 15 novembre 1858, dans *Sirey*, 59. 1, p. 14. — *Adde* : Req. rej., 17 août 1815, *Sirey chron.*, C. N., V. 1. 92.

3. L'explication semblerait plus particulièrement plausible, pour les actes abstraits validés indépendamment de leur cause, ainsi pour le transfert de titres nominatifs (voy. ci-dessus, p. 76, texte et note 2 (n° **198**), où, d'ailleurs, on peut dire, comme pour les dons manuels, que le transfert de droit absorbe l'opération gratuite (voy. plus haut, p. 156 (n° **202**)). — Cons. Civ. cass., 18 octobre 1909, *Sirey*, 11. 1. 489 et la note d'A. Tissier, avec les références.

plus loin encore et qu'elle a soustrait, aux exigences formelles de l'acte portant donation, les libéralités entre vifs déguisées sous l'apparence d'opérations onéreuses valables. Et, cette jurisprudence libérale ne profite pas seulement aux contrats onéreux sérieux, contenant à titre accessoire le mélange d'un élément gratuit (vente pour un prix sérieux bien qu'inférieur à la valeur vraie de la chose vendue); elle couvre également de sa protection simplificatrice les opérations, qui n'ont de l'acte onéreux que l'enveloppe apparente et que la découverte de celle-ci laisse voir purement gratuites, dans l'intention des parties comme dans la réalité de leurs effets (vente avec quittance de prix non payé, reconnaissance de dette sans prestation correspondante, reconnaissance d'apports qui n'ont pas été fournis, etc...). — Ici, les principes élémentaires de l'organisation juridique semblent étrangement méconnus. Car, en donnant toute sa portée à la simulation voulue par les parties, on ne peut découvrir, sous le voile dont elles ont caché leurs volontés, qu'une opération purement gratuite, qui postule, comme telle, les formes prescrites par la loi aux donations[1]. Mais, précisément aussi, cette application nous fait voir, mieux que toute autre, la puissance des catégories, pour l'assouplissement, voire même la déformation, du droit pris en soi.

En effet, la validité des donations déguisées, comme l'admet la jurisprudence, est subordonnée à la condition, — tenue pour indispensable à la justification du système, — que l'opération, qui recèle réellement une libéralité entre vifs, rentre dans les cadres d'un acte juridique à titre onéreux nettement caractérisé[2]. Cette exigence peut elle même

1. Comp. C. Bufnoir, *Propriété et contrat,* Paris, 1900, p. 505-508.

2. Primitivement, la jurisprudence validait les donations déguisées, sans en examiner de très près la contexture. Un arrêt de rejet de la Chambre civile, en date du 3 août 1841, porte encore cette formule vague : « Attendu que la validité des donations déguisées ne dépend de l'accomplissement d'aucunes formalités spéciales,

en contenir plusieurs. — Avant tout, il est essentiel que la gratuité réelle de l'opération, qui en fait au fond une donation, n'apparaisse pas, du moins à titre principal, dans les clauses qui la constituent[1]. — Ce point acquis, il faut encore que l'opération à apprécier présente les conditions de forme requises, notamment en ce qui touche la preuve du contrat dont elle revêt les dehors. C'est ce qu'exprime nettement une formule, souvent employée par la Chambre civile de la Cour de cassation, qui, dès l'origine, s'est montrée la plus favorable à la validité des donations déguisées[2] : « Les libéralités faites sous le voile d'actes à titre onéreux sont valables en la forme, lorsqu'elles réunissent les conditions requises pour la constatation des actes dont elles empruntent l'apparence[3]. » — Mais d'autres arrêts, notamment de la Chambre des requêtes, serrant de plus près la notion, n'admettent valable la donation, qui prend le voile d'un contrat à titre onéreux, nonobstant l'inobservation des prescriptions des articles 931 et suivants du Code civil, que sous « la condition qu'elle offre

---

mais du caractère et de l'ensemble des faits et circonstances dont l'appréciation appartient aux tribunaux. » *Sirey*, 41. 1. 621. — *Adde :* Req. rej., 20 juillet 1852, *Sirey*, 52. 1. 825.

1. Voy., notamment : Req. rej., 7 janvier 1862, *Sirey*, 62. 1. 599. — Req. rej., 23 mars 1870, *Sirey*, 70. 1. 214. — Civ. cass., 23 mai 1876, *Sirey*, 76. 1. 342. — Bourges, 16 mai 1884, *Sirey*, 85. 2. 60. — Req. rej., 26 avril 1893, *Sirey*, 93. 1. 413. — Nancy, 18 novembre 1893, D. P., 94. 2. 488. — Civ. cass., 7 février 1898, D. P., 1901. 1. 68. — Caen, 22 mars 1911, *Sirey*, 11. 2. 271. — Dijon, 5 février 1913, *Recueil périodique de jurisprudence de la Cour de Dijon*, 1913, p. 23. — Voy. pourtant : Civ. cass., 11 juillet 1888, *Sirey*, 88. 1. 409.

2. Voy. Merlin, *Répertoire de jurisprudence*, v° *Donation*, sect. II, § vi, et v° *Simulation*, § v, n° 1. — *Questions de droit*, v° *Donation*, § v, n°s 1 et 2. — *Adde :* Note (anonyme) au *Sirey chron.*, sous Civ. cass., 6 pluviôse an XI, C. N., I. 1, p. 746-747.

3. Voy., notamment : Civ. cass., 18 octobre 1909, D. P., 10. 1. 462, *Sirey*, 11. 1. 489. — Civ. cass., 3 décembre 1912, *Sirey*, 14. 1. 388. — Comp. Civ. cass., 11 février 1896, *Sirey*, 96. 1. 69, D. P., 96. 1. 153. — Civ. cass., 30 novembre 1896, *Sirey*, 97. 1. 89. — *Adde :* Req. rej., 7 mars 1898, *Sirey*, 1902. 1. 231. — Civ. cass., 11 juillet 1888, *Sirey*, 88. 1. 409.

les caractères constitutifs du contrat dont elles empruntent le titre »[1]; et ils entendent par là les conditions de fond mêmes de l'acte déguisant la libéralité; à tel point qu'une vente à charge de rente viagère, que les circonstances démontreraient entachée de vileté du prix, ne pût couvrir une donation déguisée valable[2].

Il importe de le remarquer. Toute cette théorie jurisprudentielle paraît impliquer que les contrats du droit français moderne seraient strictement prédéterminés dans leurs formes ou leurs éléments constitutifs, suivant les principes du droit romain[3]. Or, nous savons qu'il n'en est plus ainsi et que notre droit français moderne tient pour valables des conventions, qui ne rentrent dans aucun type légalement individualisé[4]. — Supposons donc qu'on ait dissimulé une donation sous le voile d'un acte juridique concrètement précisé, mais qui ne serait ni vente, ni louage, ni société, ni mandat, ni reconnaissance de dette, bref qui

---

1. Voy. surtout : Req. rej., 26 avril 1893, *Sirey*, 93. 1. 413. — Comp. Req. rej., 28 janvier 1879, *Sirey*, 80. 1. 212. — Req. rej., 22 avril 1913, *Sirey*, 14. 1. 388. — *Adde :* Poitiers, 12 juin 1878 et Req. rej., 28 janvier 1879, *Sirey*, 80. 1. 212. — Voy. aussi Dijon, 5 février 1913, *Recueil périodique de jurisprudence de la Cour de Dijon*, 1913, p. 23.

2. Voy. les arrêts cités à la note qui précède. — *Adde :* Dijon, 22 janvier 1896, D. P., 96. 2. 325. — J. Hémard (Chronique de jurisprudence), dans *Revue trimestrielle de droit civil,* 1913, t. XII, p. 641-644. — Tendances contraires dans : Poitiers, 10 prairial an XII, *Sirey chron.*, C. N., I. 2. 196. — Colmar, 10 décembre 1813, *Sirey chron.*, C. N., IV. 2. 365. — Montpellier, 12 juin 1834, *Sirey*, 35. 2. 24. — Douai, 14 juin 1852, *Sirey*, 53. 2. 97. — Dijon, 24 février 1865, *Sirey*, 65. 2. 141. — Douai, 12 mars 1879, sous Req. rej., 9 juillet 1879, *Sirey*, 81. 1. 205. — Civ. cass., 3 décembre 1912, *Sirey*, 14. 1. 388. — Note dans *Sirey*, 1914. 1. 388 (sous Civ. cass., 3 décembre 1912 et Req. rej., 22 avril 1913). — Voy. encore : M. Planiol, Note, *in fine,* sous Req. rej., 1er mai 1911, D. P., 11. 1. 353.

3. Voy. ci-dessus, p. 49-50 (no **194**); p. 95-96 (no **202**); p. 102 (no **203**); p. 123-124 (no **207**). — Comp. Fr. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif,* Paris, 1899, p. 155-156, 2e éd., 1919, t. I, p. 172-173 (no **77**).

4. Voy. ci-dessus : p. 129-130 (no **207**); p. 135 (no **209**); no **210**, p. 139-146.

ne rentrerait dans le cadre d'aucun de nos contrats (ou actes juridiques) nommés[1]. Ses caractères constitutifs, aussi bien que ses dehors formels, ne pourraient être que les conditions intrinsèques ou extrinsèques de toute convention en général. Et, l'on voit mal comment s'adapteraient à ce cas les formules employées par les arrêts[2], bien qu'il ne semble pas douteux qu'on dût, pour rester fidèle à l'esprit de la jurisprudence, reconnaître ici la possibilité d'une donation déguisée valable[3].

En définitive, il paraît certain que, peu confiante dans les arguments, équivoques et inconsistants, qu'elle trouvait dans l'histoire ou dans les textes du Code civil[4], sentant aussi que les principes de la simulation ne pouvaient suffire à décider la question[5], et qu'il fallait, pour la justifier pleinement, préciser, en termes de droit, l'atteinte visiblement portée aux articles 931 et suivants du Code civil, notre jurisprudence n'a pu éluder les exigences légales de forme pour des opérations évidemment gratuites et soumises, comme telles, aux règles de fond des donations (sauf une controverse spéciale touchant le rapport), qu'en les faisant rentrer dans des catégories juridiques, spécifiées

---

1. Il faut, d'ailleurs, observer que ce n'est que par un abus de mot évident, que l'on peut envisager, dans notre droit, la reconnaissance de dette (prévue par l'art. 1132 C. civ. franç.) comme un contrat nommé (du moins lorsqu'elle n'indique pas une cause précise; telle qu'un prêt). Voy. pourtant : Req. rej., 9 novembre 1891, *Sirey*, 94. 1. 78.

2. Voy. ci-dessus : p. 159-160 (n° **212**).

3. Voy., notamment, en ce qui touche la reconnaissance fictive de dette, ce qui est dit ci-dessus, p. 161, note 1 (n° **212**).

4. Comp. M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 7e éd., t. III, Paris, 1918, p. 619-620 (n° **2553**). — L'argument, tiré *a contrario* des textes du Code civil, visant des donations déguisées (art. 911, al. 1, 918, 1099, al. 2; comp. art. 853), qui paraît saisissant au premier abord, perd beaucoup de sa valeur, si l'on observe que, dans ces textes, le législateur, qui voulait atteindre certaines fraudes, a dû réprouver les moyens, soit licites, soit même *illicites*, qui eussent pu les réaliser.

5. Voy. ci-dessus, p. 158, texte et note 1 (n° **212**), et surtout C. Bufnoir, *Propriété et contrat*, Paris, 1900, p. 507 et p. 508.

par des conditions, qui servissent de cadres limitatifs, en même temps que de soutiens protecteurs, à cette création téméraire. — Aussi bien, est-il à remarquer que, si les premiers arrêts ont consacré, d'une façon assez vague, et par des considérations contestables, la validité des donations déguisées [1], ce n'est guère qu'à compter de la dernière moitié du XIX[e] siècle, qu'une jurisprudence mieux avisée s'est efforcée surtout de la subordonner à des exigences précises [2]. En réalité, le système des catégories a servi ici, suivant sa fonction propre, non moins à canaliser les libres vouloirs, qu'à en assurer le jeu [3].

Rationnellement, d'ailleurs, tout ce mouvement ne se peut expliquer que par la répugnance instinctive, qu'éprouvait la pratique, à entendre rigoureusement une théorie de forme, trop strictement conçue, que repoussaient les besoins modernes et qui se montrait, dans les faits, manifestement incompatible avec la liberté laissée à l'épanouissement des voulcirs juridiques, comme avec la variété presque indéfinie de leurs manifestations, dans les rapports de la vie courante [4].

Ces considérations nous permettent, en même temps, de nous expliquer comment aucune tendance parallèle ne s'est développée pour les dispositions gratuites après décès. Ici encore, on aurait compris qu'on cherchât à éluder les formes strictement imposées à l'expression juri-

1. Voy. ci-dessus, p. 158, note 2 (n° **212**).

2. Voy., parmi les premiers arrêts se plaçant à ce point de vue : Req. rej., 7 janvier 1862, *Sirey*, 62. 1. 599. — Dijon, 24 février 1865, *Sirey*, 65. 2. 141. — Req. rej., 4 décembre 1867, *Sirey*, 68. 1. 252. — Req. rej., 23 mars 1870, *Sirey*, 70. 1. 214.

3. Comp. J. Ray, *De la notion de donation en droit civil français*, thèse de doct. Droit, Paris, *1912*-1913, p. 25-29, notamment p. 29.

4. Aussi, certains auteurs récents, se plaçant à un point de vue essentiellement « réaliste », justifient-ils la validité des donations déguisées par l'impossibilité de les traiter autrement que les libéralités indirectes : M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 7[e] éd., t. III, Paris, 1918, p. 621-3[e] (n° **2553**). — J. Hémard, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1913, t. XII, p. 641.

dique des volontés posthumes. Et, il semble qu'on l'ait tenté, du moins sous la forme de dons manuels, se réalisant, par l'intermédiaire d'un tiers[1], après le décès de l'auteur. Mais pareille tentative n'a pu réussir[2]. Et la jurisprudence a strictement maintenu, sans exception ni réserve, l'exigence des formes testamentaires prescrites par la loi. C'est que, — ces formes étant, d'ailleurs, largement tracées (art. 969-1001 C. civ. franç.), — aucune nécessité ne s'imposait d'y échapper, dans un domaine, où les plus puissants motifs commandent une rigoureuse protection de la volonté qui se dépouille, et dont sont bannies, d'autre part, les contingences multiples, auxquelles doivent satisfaire, par la liberté, les dispositions entre vifs.

Au surplus, — et mise à part la question des formes, — nous trouverions encore l'exemple, d'un rôle analogue assigné aux « catégories réelles » du droit, dans une théorie également ébauchée, par la jurisprudence moderne, pour élargir le champ trop étroit des dispositions gratuites, la théorie des libéralités avec charge, théorie commune, de soi, aux donations et aux testaments, mais qui apparaît, avec un relief plus saisissant, dans les legs accompagnés de charges stipulées au profit de tierces personnes. — Cette fois, il s'agissait d'échapper aux prohibitions ou restrictions de notre droit positif, qui limitent assez arbitrairement la faculté de disposer gratuitement, notamment par testament et pour après décès, au profit des personnes non con-

1. On peut considérer ce tiers comme mandataire *(post mortem mandantis)* ou dépositaire. Voy. les art. 1937 et 1939 C. civ. franç. — Comp. notamment : L. Guillouard, *Traité du dépôt et du séquestre*, n^os^ **87-93**.

2. Voy. notamment : Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, § **403**, texte et note 13, 5e éd. E. Bartin, t. VI, 1920, p. 135, avec les références. — *Adde :* Req. rej., 10 février 1879, D. P., 79. 1. 298. — Civ. cass., 11 janvier 1882, *Sirey*, 82. 1. 129. — Req. rej., 16 avril 1902, *Sirey*, 1902. 1. 312. — Comp. Civ. rej., 28 juillet 1909, *Sirey*, 12. 1. 81. — Voy. pourtant, en sens contraire : Grenoble, 27 décembre 1898, D. P., 1900. 2. 19.

çues, indéterminées ou laissées à l'élection du légataire, au profit des pauvres ou d'œuvres non reconnues ; il s'agissait même de permettre ou de faciliter les fondations perpétuelles réalisées par voie privée. La jurisprudence française moderne y arrive dans une large mesure, en reconnaissant aux charges, apposées à une libéralité principale, une liberté de conception et d'organisation refusée aux libéralités directes. — Ce n'est pas ici le lieu de développer ni d'apprécier cette jurisprudence, qui trouve un modèle dans la théorie, si largement construite, des contrats en faveur de tiers [1], mais qui s'aheurte à la difficulté de séparer précisément, et dans leur nature intrinsèque, les charges testamentaires des legs faits par intermédiaire, alors surtout qu'elle prétend éluder des règles essentielles de fond touchant les libéralités [2]. Je tiens seulement à observer, que le procédé, qu'elle emploie, consiste essentiellement à édifier, sous le nom de charges testamentaires, une catégorie juridique nouvelle, et que, si ce procédé tend manifestement à élargir la liberté des dispositions gratuites, il doit, d'autre part et en même temps, la canaliser, en spécifiant et délimitant la notion de la charge, de façon à maintenir l'ordre nécessaire dans cette création appelée à renouveler le droit des libéralités. Telle est, aussi bien, la mission qui s'impose à la jurisprudence, pour

---

1. Cons. Ed. Lambert, *La stipulation pour autrui*, thèse de doct. Droit, Paris, 1892-*1893*, notamment § **67**, p. 78 ; § **175**, p. 193-194 ; §§ **326-348**, p. 358-389. — *De l'exhérédation et des legs faits au profit d'héritiers présomptifs*, Paris, 1895, §§ **482-484**, p. 362-366 ; p. 597, note 2 (§ **821**) ; § **875**, p. 655-656.

2. On sait, d'ailleurs, que la jurisprudence tend à annuler les legs grevés de *charges secrètes*, dont les bénéficiaires seraient, de parti pris, dissimulés par le testateur. Voy., par exemple : Req. rej., 30 novembre 1869, *Sirey*, 70. 1. 119. — Paris (2e espèce, Debourges c. époux Haizet), 3 mai 1872, D. P., 72. 2. 199. — Caen, 21 décembre 1905, D. P., 1907. 2. 345. — Comp. pourtant : Lyon, 14 février 1862, *Sirey*, 62. 2. 314. — Req. rej., 7 janvier 1902, D. P., 1903. 1. 302.

achever d'accréditer pleinement sa théorie des legs avec charges au profit de tiers [1].

Enfin — et pour borner ici ces indications symptomatiques — l'usage des catégories de droit, à l'effet d'échapper à des prescriptions franchement arbitraires, rencontre une application également intéressante dans les matières fiscales, en vertu de cette règle incontestable, qu'entre plusieurs moyens juridiques, aptes à réaliser certain résultat pratique visé par les parties, celles-ci ont la faculté de choisir le moyen qui donne lieu à l'impôt d'enregistrement le moins élevé [2]. — Il est vrai, qu'en présence de telle qualification adoptée par les intéressés, la Régie est toujours fondée à prouver (en principe, par tous moyens) que la réalité, voulue par les parties, ne répond pas au type d'acte qu'elles ont déclaré et, en révélant leur fraude, à faire appliquer, sous les sanctions appropriées, la tarification fiscale, seule adéquate à la situation [3]. — Il n'en reste pas moins que, toutes les fois que l'effet réellement visé

---

1. Sur les libéralités avec charges, voy. notamment : M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 7e éd., t. III, Paris, 1918, n° **2500**-2°, p. 597; p. 681 (n° **2745**); n° **2916**, p. 740; p. 743 (n° **2920**); p. 747 (n° **2928**); p. 752 (n° **2940**); p. 774 (n° **3003**; n°s **3007-3025** p. 776-785; n°s **3344-3346**, p. 900-903. — E. Coquet, *Les fondations privées d'après la jurisprudence française*, thèse de doct. Droit, Poitiers, 1907-*1908*, 2e partie, chap. IV, Les fondations par intermédiaire, n°s **96-144**, p. 116-174. Voy. surtout : sect. I, § IV, La distinction du legs et de la charge, n°s **118-137**, p. 144-168, puis n°s **143**, p. 173. — Mais, voy. Civ. rej., 7 février 1912, *Sirey*, 14. 1. 305, et la note L. Hugueney, § 3, p. 307, col. 2-3.

2. Voy. notamment : A. Wahl, *Traité de droit fiscal*, Paris, A. Chevalier-Marescq, t. I, 1902, p. 164-165 (n° **167**) et t. II, 1903, n° **519**, p. 372. Comp. t. I, n° **9**, p. 13. — J. Berland, *Essai d'une théorie générale des présomptions envisagées comme moyens de preuve pour l'administration de l'enregistrement*, thèse de doct. Droit, Dijon, 1900-*1901*, p. 249.

3. Voy. notamment : A. Wahl, *op. cit.*, t. II, 1903, n° **518**, p. 371-372; n° **524**, p. 379-383. — J. Berland, *op. cit.*, p. 64-66, p. 249-266; et, entre autres arrêts : Req. rej., 26 mai 1903, *Sirey*, 1904. 1. 295. — Civ. rej., 16 décembre 1907, *Sirey*, 1909. 1. 465, avec les références des notes.

est exactement couvert par la catégorie, sous laquelle l'ont placé les déclarations des contractants, cette catégorie, fût-elle quelque peu factice et moins spontanément offerte que telle ou telle autre également acceptable, protégera l'opération ainsi conclue contre la charge d'un impôt plus onéreux. Et, c'est ce qui résulte d'une jurisprudence depuis longtemps établie [1].

213. — Je ne prétends pas, d'ailleurs, tenir pour pleinement justifiés tous ces emplois, souvent hasardés ou téméraires, du système général des catégories juridiques. Et, sans vouloir les critiquer à fond, j'ai suffisamment laissé entendre les réserves, qu'ils peuvent susciter.

Il importait seulement de relever, à cette place, le rôle, permanent et encore actuel, du procédé. S'il n'est plus aujourd'hui, par son relief et ses conséquences, ce qu'il fut en droit romain, il n'en persiste pas moins, sous la variété des situations juridiques, et il a trouvé, chez les modernes, de nouvelles applications [2].

C'est, qu'en lui-même, le procédé des « *catégories réelles* » est inhérent aux conditions de notre nature, et, bien qu'artificiel dans sa mise en œuvre, il tient au fond même de toute organisation juridique. Aussi répond-il, mieux que tous autres, à la notion profonde de la technique du droit [3] et constitue-t-il le plus nettement accentué entre ses moyens, celui même, à vrai dire, autour duquel on

---

1. Voy. notamment : Civ. rej., 2 mai 1849, *Sirey*, 49. 1. 522. — Civ. cass., 24 avril 1854, *Sirey*, 54. 1. 361. — Trib. Seine, 21 mai 1886, *Sirey*, 87. 2. 223 et la note sous ce jugement.

2. On pourrait ajouter encore le procédé des jugements d'expédient, couvrant, par la forme judiciaire, des opérations amiablement conclues. Voy. notamment : R. Japiot, *Traité élémentaire de procédure civile et commerciale* (continuation de Bonfils et Beauchet), Paris, 1916, p. 374 (n° **547**). — Ici, toutefois, le système des catégories se combine avec celui des formes simulées. Comp. ci-après, n° **241**.

3. Voy. ci-dessus, n^os^ **182-184**, p. 16-26.

les peut faire tous converger. En effet, pour qu'un phénomène sorte du chaos de la vie sociale et obtienne les sanctions précises du droit, il faut, avant tout, qu'il soit caractérisé par des traits, qui le mettent à part et l'érigent en institution juridique. Quand ces traits ne consistent pas dans une simple enveloppe formelle, — voire même, en un certain stade de développement juridique, pour savoir si un élément extrinsèque de forme ne les doit pas revêtir[1], — ils ne peuvent être empruntés qu'aux arêtes les plus saillantes[2] du phénomène, représentant ses éléments substantiels[3], dont on formera les cadres de la *catégorie* destinée à enfermer les circonstances concrètes, qui méritent le même règlement juridique. Par où l'on voit, qu'issue de la réalité, la catégorie juridique s'en détache, par une abstraction nécessaire, et constitue, en vertu des définitions[4] et des classifications[5] qu'elle implique, comme le centre de toute la technique fondamentale du droit.

Aussi, ce procédé s'impose-t-il pour tous les modes de création juridique : loi, coutume, autorité, libre recherche[6]. C'est même en cette dernière, à vrai dire, qu'il s'épanouit le plus pleinement : du moins, il s'y montre particulièrement nécessaire, pour assurer la marche de l'esprit investigateur au milieu des faits et sentiments qui le débordent;

1. Voy. ci-dessus, p. 125, texte et note 3 (nº **207**). — *Adde :* nºs **203-206**, p. 96-122.

2. Voy. ci-dessus, p. 53, texte et note 4 (nº **196**), avec la référence.

3. C'est ce que nos anciens auteurs ont souvent appelé : les *formalités intrinsèques* ou *viscérales*. — Voy. notamment : A. Weiss, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, 2e éd., t. III, Paris, 1912, note 1 de la p. 109, qui critique cette dénomination.

4. Comp. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, I, Paris, 1914, p. 152-154 (nº **52**).

5. Comp. Fr. Geny, *Science et technique*, I, Paris, 1914, p. 154-156 (nº **52**).

6. Voy. Fr. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1re éd., 1899, 2e éd., 1919, troisième partie, nºs **83-182**.

et il maintient, en toutes ses créations, la nécessité de la règle inséparable de l'ordre, marque suprême du Droit.

Au surplus, le jeu des catégories peut être plus ou moins serré, et c'est par le degré de sa rigueur qu'on mesurera l'influence de la technique dans une organisation juridique déterminée. Très strictement tissé par les Romains, le réseau des catégories s'est généralement fort distendu dans le droit moderne, — sauf pourtant en matière pénale[1]. Et nous savons, par exemple, combien les catégories *spécifiques* des *contrats,* dénommés d'après leur contenu concret, ont perdu d'importance pour ne laisser d'influence profonde qu'à la catégorie *générique* du *contrat*[2]. — Encore, convient-il d'observer, que la reconnaissance d'une institution juridique nouvelle ne se réalisera le plus souvent qu'en l'enfermant dans le moule précis de catégories concrètement spécifiées, sauf à élargir plus tard son domaine. Et, c'est ainsi, notamment, que le Code civil allemand de 1896 n'a fait accueil à l'engagement par voie de promesse unilatérale, que pour des cas étroitement catégorisés de son application concrète[3].

D'autre part, le procédé des catégories spécifiques, nettement limitées, reparaît en droit moderne, quand il s'agit de soustraire le libre jeu des volontés à des prohibitions ou restrictions intolérables, comme nous l'a fait voir notre jurisprudence, à propos des libéralités indirectes, surtout des donations déguisées sous le voile d'opérations onéreuses, et des legs avec charges en faveur de tiers[4]. Même alors, nous l'avons observé, tout en étendant le champ de l'autonomie privée, les catégories

---

1. Voy. ci-dessus, p. 125-126 (nº **207**).

2. Voy. ci-dessus, p. 128-130 (nº **207**) et p. 146 (nº **210** *in fine*). — *Adde :* nºs **209-211,** p. 135-152.

3. *Bürgerliches Gesetzbuch für das deutsche Reich :* § 305 cbn. §§ 81-82, 657-658, 793.

4. Voy. ci-dessus, nº **212,** p. 152-166.

empêchent ses débordements et contribuent ainsi à maintenir l'ordre essentiel à la vie juridique[1].

Tel est bien le mérite, tel l'avantage capital et décisif des catégories : assigner aux faits mouvants et flottants de la vie sociale, notamment aux nuances infinies des volontés humaines, un cadre ferme, dans lequel ils puissent se développer sans se dissoudre et rester soumis à la préhension du droit[2]. Le résultat semble devoir être d'autant mieux acquis, que les contours de la catégorie sont plus nettement tracés, que les mille variétés des événements et circonstances doivent mieux se plier à ses lignes, pour obtenir la reconnaissance et la sanction du droit[3].

Mais le procédé a ses dangers : ceux-là mêmes, qu'on retrouve en tout mécanisme, dont la brutale puissance risque de broyer aveuglément les réalités profondes, qu'il doit soutenir et développer. Ici, les périls se manifestent en deux sens fort différents. D'un côté, le principe des catégories limitera parfois l'épanouissement des volontés, soit en évinçant celles, même licites, qui ne répondraient pas aux exigences d'un cadre préétabli, comme nous l'a fait voir la persistance de certains auteurs à méconnaître les contrats innommés du droit moderne[4], soit en se servant du moule étroitement préformé, pour soumettre les vouloirs les plus légitimes à des restrictions arbitraires, ainsi qu'on l'a constaté trop longtemps en matière de substitutions prohibées[5], et, plus récemment, au sujet de

---

1. Voy. notamment, p. 158-159, p. 161-162, p. 163-164 (n° **212**).

2. On trouve un exemple saisissant, du rôle des catégories, pour l'établissement de l'ordre et de la simplicité juridiques, dans les observations produites, — à propos de la séparation des patrimoines, nettement érigée en privilège, — par Léon Michel, devant la sous-commission juridique de la commission extraparlementaire du cadastre. *Procès-verbaux,* fasc. 3, Paris, 1893, p. 163-167.

3. Comp. Fr. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif,* Paris, 1899, p. 464-466, 2e éd., 1919, t. II, p. 83-85 (n° **158**).

4. Voy. ci-dessus, n° **209**, p. 135-139.

5. Notamment, dans notre jurisprudence française, avant les célè-

la réserve de l'usufruit du conjoint survivant (art. 767 C. civ., L. 9 mars 1891), stipulée par contrat de mariage à l'encontre du retour légal de l'ascendant donateur[1]. — A l'inverse, on peut abuser des catégories juridiques, si on les emploie à couvrir des opérations, que l'organisation positive a entendu prohiber ou soumettre à des exigences gênantes. Et, c'est ce qu'on peut reprocher aux mouvements de jurisprudence, qui soustraient à des conditions fondamentales les libéralités avec charges[2], ou valident les donations déguisées[3]-[4].

Comment manœuvrer entre ces deux écueils? D'après quelles bases fixer, en cas de doute, l'emploi des catégories juridiques? Et pourquoi, par exemple, rangerons-nous la réserve de l'usufruit du conjoint, à l'encontre du retour successoral de l'ascendant donateur, dans la catégorie de l'institution contractuelle, qui la fasse échapper à la nullité des pactes sur succession future[5], tandis que

---

bres arrêts rendus par la Cour de cassation en 1873 (notamment Civ. cass., 18 juin 1873, D. P., 73. 1. 283) et en 1875 (Req. rej., 2 juin 1875, *Sirey*, 77. 1. 102). — Voy. les observations de J.-E. LABBÉ, sous Civ. rej., 19 mars 1873; Civ. cass., 18 juin 1873; Req. rej., 29 juillet 1873, dans *Sirey*, 73. 1. 5, notes 2-5. — A. TISSIER (*Legs conditionnels alternatifs et substitutions prohibées*, I), dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1903, t. II, p. 746-755.

1. Voy. Ch. réunies Cass., 2 juillet 1903, *Pandectes françaises périodiques*, 1903. 1. 497 et la note Fr. GENY. — *Adde :* M. J. GARIN (*Etude sur les libéralités en usufruit entre époux portant sur des biens sujets à retour*), dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1919, t. XVIII, p. 8-16.

2. Voy. ci-dessus, p. 163-165 (n° **212**).

3. Voy. ci-dessus, p. 157-162 (n° **212**).

4. Pour un autre abus des catégories juridiques (qui n'auraient aucun but pratique), voy., à propos de la sous-location et de la cession de bail : M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, 8e éd., 1921, nos **1747-1752**, p. 569-571. — Et, contre la « catégorie » de la novation en droit moderne, comp. H. SALEILLES, *Etude sur la théorie générale de l'obligation*, 2e éd., Paris, 1901, p. 38 (n° **47**).

5. C'est ce que j'ai proposé, dans ma note, sous Ch. réunies Cass., 2 juillet 1903, *Pandectes françaises périodiques*, 1903. 1, p. 497-504. — Je sais bien que cette manière de voir a été repoussée, même par des auteurs qui en sentaient le bien-fondé essentiel, sous le prétexte qu'elle ne répondait pas à la volonté des contractants, telle qu'elle

nous refuserons de voir, dans le prétendu contrat onéreux déguisant une libéralité entre vifs, autre chose qu'une donation astreinte, à peine de nullité, aux formes solennelles prescrites par la loi[1] ? — Il n'est pas aisé de répondre de façon satisfaisante, si l'on s'en tient simplement à la valeur propre des catégories, prises en soi. Dirait-on qu'il faut préférer toujours celle qui assurerait à l'acte la plus grande efficacité possible, qui l'interpréterait, comme on dit, *potius ut valeat quam ut pereat* ? Ce serait sacrifier, de parti pris, les dispositions prohibitives ou restrictives, quel qu'en fût le bien fondé. Et, si l'on suivait ce principe, on n'hésiterait pas à soustraire aux formes des donations tous actes gratuits entre vifs, qui se pussent ranger sous une catégorie différente. Il ne paraît pas possible, à l'inverse, de maintenir, sans distinction, les règles limitatives de la volonté, pour tous actes, présentant les éléments intrinsèques de l'opération, que la loi a entendu restreindre, alors même qu'il fût possible de les ramener à une catégorie plus libre : ce qui condamnerait infailliblement toute combinaison d'usufruit conventionnel, tendant à restreindre la succession anomale de l'ascendant, comme pacte sur succession future. — En vérité, pour régler

---

s'était exprimée. Voy. notamment : M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 7e éd., t. III, 1918, p. 405, note 1 (n° **1904** *bis*). L'objection a particulièrement été développée par M. NAST, *Etude sur la prohibition des pactes sur succession future*, thèse de doct. Droit, Paris, 1905-1906, n° **320**, p. 323-324, qui fait observer, que le conjoint prémourant n'a pas eu dans l'acte un rôle pouvant faire supposer, de sa part, une libéralité (par institution contractuelle) au profit du survivant. — L'objection n'est, à mon avis, aucunement décisive. Il suffit que l'époux ait participé au contrat de mariage, contenant la clause litigieuse, pour qu'on doive supposer son intervention, à l'effet de réaliser celle-ci, *omni meliore modo*. — *Adde* : E. POTU, dans *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1913, nouv. série, t. XLII, p. 41-49 (n^os^ **85-94**). — L'objection écartée, il ne peut s'agir que de savoir si la convention, voulue par les parties, est valable.

1. Ainsi que je l'ai donné à entendre ci-dessus, p. 157-158 et p. 161-162 (n° **212**).

l'usage des catégories juridiques au regard de règles rigoureusement impératives ou prohibitives, il faut porter un jugement de fond sur la valeur de celles-ci et se demander dans quelle mesure elles méritent de l'emporter sur la liberté, étant données les circonstances particulières dans lesquelles se pose la question. S'agit-il d'une prohibition, telle que celle des pactes sur succession future (art. 791, 1130, 1600 C. civ. franç.), injustifiable dans sa généralité trop absolue et qui ne puisse légitimement entraver certaines dispositions d'un intérêt familial évident, on se servira volontiers, et en toute conscience, du moyen d'une catégorie, englobant manifestement la clause en litige, pour dérober celle-ci à la nullité arbitraire qui la menace[1]. Tandis qu'en présence d'exigences de formes, reposant sur des raisons sérieuses, encore que discutables, édictées, en tout cas, avec une ampleur significative, comme celles que notre loi impose aux donations entre vifs (art. 931-948 C. civ. franç.), l'échappatoire de catégories, impuissantes à dissimuler le caractère gratuit de l'opération critiquée, paraît décidément inacceptable.

Il faut convenir, toutefois, que cette conception, quelque peu « opportuniste », de l'usage des catégories juridiques, semble diminuer singulièrement la valeur de celles-ci et mettre en question l'efficacité même du procédé technique qu'elles représentent. Mais, tout le poids de ces critiques ne retombe-t-il pas sur notre interprétation contemporaine? Je suis porté à le penser. — En introduisant des principes si larges (par exemple l'autonomie de la volonté), qu'ils distendaient jusqu'à l'extrême le système serré des catégories romaines, le droit moderne imposait aux jurisconsultes une tâche ardue. Il fallait refondre les anciennes

1. Cette observation s'ajouterait, pour les confirmer en même temps que pour en limiter la portée générale, aux considérations, que j'ai présentées sur la question, dans ma note insérée aux *Pandectes françaises périodiques*, 1903. 1, p. 497 à 504, notamment III, p. 501-503.

catégories juridiques, au besoin en constituer de nouvelles, qui pussent enserrer les réalités de la vie du droit, suivant les principes plus souples de l'organisation juridique moderne, en s'attachant à ce que chaque institution, soumise à des règles propres, correspondît à une catégorie bien définie (plus ou moins large, suivant les cas, ceci importe peu) et ne pût rentrer dans aucune autre différemment réglementée[1]. — Dans quelle mesure est-il possible d'atteindre pareil résultat, qui traduit, sous l'un de ses mille aspects, l'antinomie d'un mécanisme rigide et de la variété molle et fuyante de la vie? Il est malaisé de le dire *a priori*. Du moins, avons-nous là un idéal, dont un effort méthodiquement mené est seul capable de nous rapprocher. On peut douter, il est vrai, que cet effort ait été préparé par notre législation, improvisée, avec les débris du passé, sous l'impulsion de besoins nouveaux,

1. Ce qui n'empêche pas, bien entendu, qu'une catégorie plus étroite puisse, en même temps, faire partie d'une catégorie plus large, où elle s'emboîte, comme, par exemple, les catégories *spécifiques* des divers *contrats nommés* respectivement à la catégorie *générique* du *contrat*. — Pour apercevoir l'équivoque, qu'engendre l' « indistinction » actuelle de plusieurs de nos catégories, que l'on envisage seulement certains droits s'appliquant aux immeubles, qui peuvent être, suivant les cas, droit de propriété (ou de copropriété) foncière ou droit de servitude : tel un droit sur l'eau d'une source jaillissant dans le fonds d'autrui (art. 642, al. 2, C. civ. franç.), ou un droit de passage sur un chemin traversant le fonds voisin. Selon qu'il s'agira de la propriété ou d'une servitude, les règles applicables à l'acquisition, à l'extinction, à la mise en œuvre (par les actions possessoires ou pétitoires) de ce droit seront différentes. (Voy. G. Baudry-Lacantinerie et P. Binet, *Précis de droit civil*, 12e éd., t. I, 1919, nos **1661-1663**. *Adde* nos **1664-1668**, p. 828-832. — M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 8e éd., t. I, 1920, no **2972**, p. 931.) Mais, pratiquement, la séparation exacte des catégories sera le plus souvent arbitraire. Et l'on sait comment la jurisprudence a utilisé cette ambiguïté, pour tourner parfois la règle légale excluant l'acquisition par la prescription acquisitive des servitudes, qui ne sont pas à la fois continues et apparentes. Voy. par exemple : Req. rej., 7 février 1883, *Sirey*, 84. 1. 320. — Req. rej., 23 janvier 1900, *Sirey*, 1900. 1. 215. — Comp. Civ. cass., 5 juillet 1900, *Sirey*, 1902. 1. 502.

plutôt sentis que réfléchis. De fait, il en est trop, parmi les catégories implicitement consacrées par nos lois, qui s'enchevêtrent les unes dans les autres, à tel point qu'il paraisse impossible d'assigner, *ne varietur,* le champ d'application (l'extension, au sens philosophique) de chacune d'elles[1]. — Il n'y aurait là qu'une raison de plus, pour que les organes de l'interprétation vivante du droit (doctrine, jurisprudence, pratique) employassent toutes leurs ressources à mettre au point le système actuel de nos catégories juridiques, grâce à une analyse, plus minutieuse et plus exacte, de toutes les réalités sociales (morales, politiques, économiques), qui sont à la base des institutions et doivent seules en commander le règlement[2].

Par malheur, le problème se complique singulièrement du fait que le « passage à la catégorie » ne se peut normalement opérer, qu'au moyen de concepts et de constructions idéales, qui, en même temps qu'ils permettent à l'esprit de saisir les réalités de la vie[3], ne sont pas sans dépouiller et déformer étrangement celles-ci. Ainsi apparaît, dans l'ensemble des procédés de la technique du droit, un élément nouveau (d'ordre principalement intellectuel), qui demande à être envisagé à son tour et en lui-même.

---

1. Voy., par exemple, pour le cas d'un débiteur se substituant à son créancier dans une obligation, dont celui-ci était tenu d'autre part, l'indication de six procédés ou catégories, susceptibles d'encadrer l'opération d'après M. Planiol, *Traité,* 8e éd., t. II, 1921, p. 153, note 1 (n° **558**). — En pareille hypothèse, comme aucune règle impérative n'intervient pour brider les volontés des contractants, on devra, en cas de doute, choisir, pour régler la situation de droit, le procédé, qui répondra, le mieux, à leurs intentions concrètes.

2. On peut voir un essai très intéressant en ce sens, à propos de la distinction des legs conditionnels alternatifs des substitutions prohibées, dans un *Mémoire à consulter* (§§ 2-3, p. 4-17), délibéré par R. Saleilles, dans une affaire Richard c. Richard, alors soumise à la Cour d'appel de Bourges, sur laquelle voy. Bourges, 9 mai 1904 et Req. rej., 27 juin 1905, *Sirey,* 1906. 1. 84. — *Adde:* la note A. Tissier, *Sirey,* 1906. 1. 81 (sous Civ. rej., 20 juin 1904).

3. Ce qu'exprime bien l'expression allemande *Begriff.*

CHAPITRE SIXIÈME (XX)

LES PROCÉDÉS INTELLECTUELS DE LA TECHNIQUE DU DROIT

(Construction juridique au moyen de la représentation par concepts).

SOMMAIRE : **214**. Rôle de l'intelligence dans l'élaboration technique du droit. Précision du problème. — **215**. Quelques vues de jurisconsultes modernes à ce sujet. — **216**. Défauts de ces aperçus. Marche à suivre dans l'examen du problème.

I. — **217**. Points à réserver ou à régler *a priori*. — **218**. Les concepts et la construction juridique. Leur valeur. — **219**. Solutions certaines et limitation du débat à la force spécifique de la construction par concepts.

II. — **220**. *a)* Les [concepts et] constructions ne sont pas *indispensables* à l'élaboration technique du droit. — **221**. *b)* L'intelligence influe nécessairement sur le droit. — **222**. Conséquences à tirer de là, pour l'utilisation des constructions conceptuelles. — **223**. Les lois essentielles et les *desiderata* de la construction juridique.

III. — **224**. Application des idées qui précèdent à la construction du droit subjectif (sujet de droit, personnalité juridique). — **225**. Application à divers problèmes, dépendant de la classification des droits subjectifs (droit de la personnalité, droits réels et droits de créance, nature spécifique de certains droits). — **226**. Application à des questions plus menues de droit privé (remploi fait par le mari pour la femme commune, pouvoir ménager de la femme mariée, gage tacite à la base de certains privilèges mobiliers).

227. Résumé sur le rôle des procédés intellectuels, dans l'élaboration technique du droit.

214. — Il y a, au premier abord, quelque chose de singulier, à faire figurer l'ensemble des facultés, qui constituent l'intelligence, parmi les instruments de l'élaboration, proprement *technique*, du Droit. Ne semblerait-il pas que les efforts de l'esprit dussent seulement nous conduire à la pénétration *scientifique* des *données* si complexes de

la jurisprudence positive[1] ? — C'est là, assurément, une vue élevée, mais peut-être inexacte ou, du moins, incomplète. Elle se rectifiera, d'elle-même, au moyen d'une notion, moins ambitieuse et plus moderne, de l'intelligence, de celle, par exemple, que nous offre H. Bergson : « En définitive, *l'intelligence, envisagée dans ce qui en paraît être la démarche originelle, est la faculté de fabriquer des objets artificiels, en particulier des outils à faire des outils, et d'en varier indéfiniment la fabrication* »[2]. S'il en est ainsi pour l'ensemble de la vie sociale, il n'est pas douteux que la même conclusion s'adapte à la mise en œuvre des préceptes, qui doivent diriger la conduite extérieure des hommes. De fait, on peut tenir pour incontestable, que l'intelligence fournit de précieux procédés à la technique du droit, qu'elle y joue même un rôle plus décisif que celui qui lui appartient pour le diagnostic des bases scientifiques des règles.

C'est ce que nous avons pu soupçonner déjà, quand nous considérions naguère l'influence des opérations intellectuelles, en toute élaboration de droit positif[3]. Après avoir

---

1. Comp. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, II, Paris, 1915. Seconde partie. Elaboration scientifique du droit positif.

2. H. Bergson, *L'évolution créatrice*, 10e éd., Paris, 1912, p. 149-*151*. *Adde :* p. 164-179. — Rappr. L. Cuénot, *La genèse des espèces animales*, Paris, 1911, p. 76 : « L'intelligence, envisagée dans ce qui paraît être son essence, est la faculté de démêler, dans des circonstances nouvelles pour l'individu, le moyen de se tirer d'affaire, c'est la faculté de former des conceptions par abstraction et d'en tirer des conclusions, c'est la faculté d'adaptation consciente des moyens aux fins, dont la plus évidente expression est la fabrication d'objets artificiels... »

3. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, I, Paris, 1914, Première partie, chapitre quatrième, p. 101-164. *Adde :* Chapitre cinquième, La méthodologie générale du droit positif, p. 165-212. — Aux travaux, cités dans ces passages, il convient d'ajouter : Ph. Heck, *Das Problem der Rechtsgewinnung* (Rede), Tübingen, 1912, II, p. 12-22. — Et, pour le rôle des concepts dans les sciences en général : E. Picard (*L'histoire des sciences et les prétentions de la science alle-*

relevé la part importante de l'entendement dans la création même des institutions et règles juridiques [1], l'analyse nous y a fait découvrir une progression ascendante d'abstractions, qui, partant des éléments éthiques ou économiques de la vie sociale, tendait à les transformer, de plus en plus, en éléments de pensée, pour en pousser le développement jusqu'aux extrêmes sommets de la logique transcendante [2]. — Appelés à apprécier le mérite intrinsèque de cette procédure, nous avons constaté, du point de vue de la connaissance, qu'elle ne valait que dans la mesure de son contact avec les réalités qu'elle traduit, de telle sorte que le bien-fondé de ses résultats fût en raison directe de la dose de vie sociale, qui s'y trouve contenue, et qu'une intuition pénétrante de celle-ci apparût comme le correctif nécessaire de la représentation abstraite des phénomènes juridiques [3].

Mais, les conclusions de la critique, ainsi poursuivie, ne s'avéraient pleinement que pour le domaine de l'élaboration scientifique du droit [4]. Et, les motifs mêmes, qui les fondaient, laissaient voir la possibilité de les élargir ou de les assouplir, dès que, la connaissance faisant place à l'action, on arriverait à cette mise en œuvre, quelque peu artificielle, que représente, à nos yeux, la echnique juridique [5]. — Plus l'homme intervient, de lui même, dans

---

mande), dans *Revue des Deux-Mondes*, n° du 1er juillet 1915, sixième période, t. XXVIII, p. 68-75 (§ III).

1. Fr. Geny, *Science et technique*, I, Paris, 1914, n° **38**, p. 109-110. *Adde :* n° **35**, p. 101-103.

2. Fr. Geny, *Science et technique*, I, Paris, 1914, nos **39-41**, p. 111-119. Comp. p. 160 (n° **55**).

3. Fr. Geny, *Science et technique*, I, Paris, 1914, nos **45-48**, p. 130-145. *Adde :* n° **42**, p. 119-122 ; n° **44**, p. 126-130 ; n° **47**, p. 135-140 ; nos **55-56**, p. 160-164 ; nos **63-67**, p. 188-212.

4. Comp. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, II, Paris, 1915, n° **69**, p. 4-10. *Adde*, p. 17 (n° **71**). — *Adde encore :* même ouvrage, I, Paris, 1914, p. 103 (n° **35**).

5. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, III, Paris, 1916, nos **182-184**, p. 16-26.

l'élaboration des règles du droit, plus décisive peut être l'influence de son intelligence, qui, en toutes matières morales, forme le principal régulateur de son activité. Les opérations de l'esprit se multiplieront et se diversifieront, quand il s'agira, non plus seulement de constater la réalité sociale, mais de l'informer en un sens donné. D'autre part, la nécessité de leur emploi permet, sans doute, de leur reconnaître, ici, une efficacité plus considérable. — Aussi, avions-nous dû réserver ce rôle, proprement technique, des procédés intellectuels s'appliquant au droit[1]. Il nous faut le préciser ici, en prenant pour base les développements présentés antérieurement[2], et nous attachant seulement à les compléter, en vue de notre objectif actuel. Au total, apprécier, doser, mesurer la valeur des éléments intellectuels de l'élaboration juridique, décrits précédemment[3], *en tant que procédés de la technique du droit,* tel est, exactement, ce qui nous reste à envisager à cette place.

215. — Bien qu'ils aient rarement examiné la question sous une forme catégorique et tranchante, la plupart des maîtres de l'heure présente semblent s'accorder, pour reconnaître une valeur propre au travail pur de l'esprit, dans la constitution et le développement des règles du droit. Cela ne résulte pas seulement de la marche généralement suivie pour l'exposé ou la discussion des problèmes

---

1. Voy. notamment : Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif,* I, Paris, 1914, p. 102 (nº **35**); p. 109 (nº **37**); p. 129 (nº **44**); p. 133 (nº **45**); p. 135 (nº **46**); p. 137 et p. 139 (nº **47**); p. 146 (nº **49**); p. 149 (nº **50**); p. 152 (nº **51**); p. 155 (nº **52**); p. 160-161 (nº **55**); p. 164 (nº **56**); p. 188 (nº **62**); p. 192-193 (nº **63**); p. 200-202 (nº **65**); p. 206-208 (nº **66**); p. 212 (nº **67**).

2. Fr. Geny, *Science et technique,* I, Paris, 1914, première partie, chapitres quatrième et cinquième.

3. Fr. Geny, *Science et technique,* I, Paris, 1914, nºˢ **39-41**, p. 111-119 et nºˢ **49-54**, p. 145-160.

du droit moderne[1], mais aussi bien des quelques aperçus méthodologiques, où le point ait été touché.

Formant le souhait de « fortes constructions », pour l'élaboration juridique des changements qui se produisent dans les rapports économiques des hommes entre eux, F. LARNAUDE motive ainsi son vœu : « Rien de solide ne peut être bâti sur le sable mouvant des idées et des simples vues de l'esprit, tant que le droit n'est pas venu apporter sa forte armature, dont rien ne pourra jamais dispenser. »[2]. Et, si cette « armature » doit consister surtout en principes induits des textes, il ne paraît pas douteux, que les principes eux-mêmes ne prennent tout leur relief, que par la vigueur des concepts qui les représentent à l'esprit[3].

Plus nettement encore, E. THALLER a déclaré que, prétendre se passer des concepts et des principes rationnels, c'est « construire sur le sable mouvant de l'empirisme »[4]. Aussi bien, présente-t-il, comme un facteur essentiel du développement du droit privé moderne (notamment du droit commercial), la « méthode constructive »[5]. — Non sans en réprouver les excès, il prétend la justifier par

---

1. Voy. notamment : Fr. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris 1899, nos **22-25**, p. 37-46 et nos **60-82**, p. 111-175, *passim*; 2e éd., 1919, t. I. p. 43-53, p. 124-204, *passim*. — *Adde*, sur les conceptions et constructions juridiques chez C. BUFNOIR : Fr. GENY, dans *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1900, nouv. série, t. XXIX, p. 127-128 (à propos de *Propriété et contrat*, de C. BUFNOIR). — Voy. aussi : H. ROLIN, *Autour du problème des méthodes juridiques*, Bruxelles, 1920, p. 19-29 (De l'étude des idées juridiques).

2. F. LARNAUDE (*Marc Sauzet*), dans *Revue internationale de l'enseignement*, 1913-1°, t. LIX, p. 198-199. — Voy. encore F. LARNAUDE (Notre programme), dans *Revue du droit public et de la science politique*, t. I, 1894, p. 3.

3. Comp. F. LARNAUDE (*Le droit public. Sa conception. Sa méthode*), dans *Les méthodes juridiques*, Paris, 1911, p. 16-17, p. 20, p. 21, p. 23-24, p. 28, p. 58-61.

4. E. THALLER (*De la nature juridique du titre de crédit*), dans *Annales de droit commercial*, 1906, t. XX, première partie, p. 135, note 1.

5. E. THALLER (*La méthode en droit commercial*), dans *Les méthodes juridiques*, Paris, 1911, p. 135. — *Adde* : p. 143-150.

sa seule description, où apparaît bien le lien étroit, qui rattache la construction aux catégories[1]. « ... Chaque institution exige un effort de synthèse, pour être comprise, ... le devoir de l'homme de loi est de la ramener à une figure d'ensemble résumant ses services et le but auquel ladite institution répond, puis de classer cette figure parmi les catégories déjà établies, ou, s'il le faut, d'instituer pour elle une catégorie nouvelle. Et c'est en cela que consiste l'art de construction, et toute entreprise qui s'abstient d'y recourir laisse l'édifice qu'elle élève entièrement découronné. Pour employer une autre métaphore, la construction juridique est une clef de voûte qui soutient tous les arceaux, toutes les pièces de l'œuvre. Son avantage ne réside pas dans un amusement de l'esprit. Le mérite qu'elle a, c'est de communiquer au cerveau, sous forme dense et abrégée, un appareil de démonstration au moyen duquel de nombreuses difficultés se résoudront. Grâce à elle, un principe dirigeant gouvernera les cas les plus inattendus de litiges. »[2] Et, après avoir observé qu' « on reconnaît à la métaphysique une action affermissante de croyance sur l'esprit »[3], il ajoute : « Le « principe » est une boussole et un stimulant d'action tout à la fois. Il constitue un précepte de connaissances, on a un « principe » et l'on y voit plus clair. Mais il est aussi un agent de volonté et de vie, on a « des principes » de conduite. Et le principe intellectuel et les principes moraux sont solidaires, et sans lui, et sans eux, tout s'effondre, tout s'anéantit »[4]. Enfin, argumentant de son expérience personnelle, il nous dit encore : « Cette spiritualisation du droit par la fiction de la formule a dû étayer ma foi juri-

1. Comp. ci-dessus, p. 174 (n° **213**). — *Adde :* Chapitre cinquième (XIX), n°s **207-213**, p. 123-174.

2. E. Thaller (*La méthode en droit commercial*), dans *Les méthodes juridiques*, Paris, 1911, p. 146.

3. E. Thaller, *ibid.*, p. 145.

4. E. Thaller, *ibid.*, p. 148-149.

dique, elle l'a peut-être formée à elle seule... A défaut d'élan pris vers les idées pures, le droit ne m'aurait pas intéressé. »[1]. — Au milieu des impressions, un peu mélangées et complexes, qu'expriment ces développements, on en voit surgir l'affirmation, bien convaincue, qu'une idéalisation, consciente et réfléchie, des règles de la vie sociale, doit figurer parmi les instruments nécessaires au progrès régulier et continu des institutions juridiques[2].

Mais, c'est dans les travaux de R. Saleilles, que s'exprime l'effort le plus vigoureux, qui se soit produit chez nous jusqu'alors, pour définir et circonscrire la portée des concepts et constructions de l'esprit, en vue de la mise en valeur technique du droit moderne. — Sans insister sur la façon, successive, tourmentée et fragmentaire, dont il a envisagé le sujet[3], je veux seulement, ici, résumer, par quelques mots, où se réduiront les complexités ou obscurités de leur exposé, les résultats les plus nets, qui me paraissent ressortir de son œuvre à cet égard :

Les idées rationnelles, que l'esprit dégage des règles positives du droit vivant, et qu'il agence en constructions, tendent à produire des principes, qui fournissent une source féconde et précieuse de solutions juridiques[4]. Leur force active tient à ce que « le droit n'est pas une réalité matérielle, dont on puisse constater l'existence en

1. E. Thaller, *ibid.*, p. 148, p. 149.

2. Voy. notamment, pour l'application : E. Thaller, *De la nature juridique du titre de crédit*. Contribution à une étude générale sur le droit des obligations, dans *Annales de droit commercial*, 1906, t. XX, première partie, p. 5-44, p. 110-145, et 1907, t. XXI, p. 5-36, p. 97-143.

3. Voy., là-dessus : Fr. Geny (*La conception générale du droit, de ses sources, de sa méthode dans l'œuvre de Raymond* Saleilles), dans *L'œuvre juridique de Raymond* Saleilles, Paris, 1914, p. 14 et p. 17 (n° **4**); p. 18, p. 19, texte et note 1, p. 21-22 (n° **5**) ; p. 23, p. 25, p. 26 (n° **6**); p. 30, texte et note 7 (n° **7**) ; p. 32 (n° **8**) ; n° **9**. p. 32-34; p. 43 (n° **12**); p. 51, texte et notes 2-3 (n° **13**) ; n° **15**, p. 55-60.

4. Voy. notamment : R. Saleilles (*Quelques mots sur le rôle de la méthode historique dans l'enseignement du droit*), dans *Revue internationale de l'enseignement*, 1890-1°, t. XIX, p. 495-497.

dehors de la pensée de ceux qui la conçoivent »[1]. Aussi bien, une règle de conduite ne prend-elle le caractère de règle de droit, ne reçoit-elle la « frappe juridique », que si elle revêt la forme d'un concept accepté de l'opinion commune et s'harmonisant avec l'ensemble du système de droit en vigueur[2]. — Ces « principes de technique juridique », qui ne font le plus souvent que dissimuler, et, en quelque sorte, déguiser les raisons purement instinctives des institutions[3], ne sauraient, d'ailleurs, se confondre avec « les principes de caractère philosophique, devant servir de mesure rationnelle pour ce qui est de la valeur objective, et non plus formelle, des dispositions légales »[4]. — Par suite, en tant qu'ils consistent en constructions idéales, les « principes » n'ont pas même importance pour tous les domaines de l'élaboration du droit. Le législateur, qui apprécie librement les considérations intrinsèques de justice ou d'utilité,

---

1. R. Saleilles (*L'origine du droit et du devoir*), dans *Revue Montalembert,* 1908-1909, t. II, p. 243. — *Adde :* R. Saleilles, *De la personnalité juridique,* Paris, 1910, p. 603. Comp. p. 603-625. — R. Saleilles (*Droit civil et droit comparé*), dans *Revue internationale de l'enseignement,* 1911-1°, t. LXI, p. 19-20.

2. Voy. notamment : R. Saleilles, *Du refus de paiement pour inexécution de contrat,* Paris, 1893 (Extrait des *Annales de droit commercial*), p. 12 du tirage à part. — R. Saleilles (*Conception et objet de la science du droit comparé*), dans *Bulletin de la Société de législation comparée,* 1899-1900, t. XXIX, p. 402. — R. Saleilles (*Les méthodes d'enseignement du droit et l'éducation intellectuelle de la jeunesse*), dans *Revue internationale de l'enseignement*), 1902-2°, t. XLIV, p. 322. — R. Saleilles (*Rapports du droit et de la sociologie*), dans *Revue internationale de l'enseignement,* 1904-2°, t. XLVIII, p. 432. — R. Saleilles (*Droit civil et droit comparé*), dans *Revue internationale de l'enseignement,* 1911-1°, t. LXI, p. 9-17. — Comp., pour des vues plus larges R. Saleilles (*Un nouveau livre sur la cession de dette*), dans *Annales de droit commercial*, 1899, t. XIII, p. 82-83, p. 91-92, p. 93.

3. R. Saleilles (*Le principe de la continuation de la personne défunt par l'héritier en droit romain*), dans *Festschrift Otto Gierke* Weimar, 1910, p. 1016. *Adde :* p. 1015-1034. — R. Saleilles (*Droit civ et droit comparé*), dans *Revue internationale de l'enseignement,* 1911-1 t. LXI, p. 20-22.

4. R. Saleilles (*École historique et droit naturel*), dans *Revue trimestrielle de droit civil,* 1902, t. I, p. 87-88.

n'a que faire des purs concepts [1]. Il doit éviter de les introduire dans ses dispositions strictement positives, où ils risqueraient de se figer [2]. Même, les concepts, qui se seraient malencontreusement insinués dans le travail législatif, ne sont pas, en principe, obligatoires pour l'interprète [3]. Le juge, procédant par solutions empiriques, au vu des intérêts concrets qu'il s'agit pour lui d'équilibrer, évitera également de s'égarer dans la création des constructions idéales [4], sauf à utiliser celles que lui offriraient les auteurs, surtout quand elles ont rallié les suffrages de l'opinion commune [5]. C'est donc à la doctrine qu'incombe proprement la mission de dégager les concepts et d'en édifier des ensembles, qui, saisissant fortement les réalités de la vie

---

1. R. SALEILLES (*Notice sur le Code civil pour l'Empire d'Allemagne*), dans *Annuaire de législation étrangère*, 1897, t. XXVI, p. 151. — R. SALEILLES, Préface à L. LYON-CAEN, *La femme mariée allemande*, Paris, 1903, p. XIV-XV, p. XVII-XVIII.

2. R. SALEILLES (*Notice sur le Code civil pour l'Empire d'Allemagne*), dans *Annuaire de législation étrangère*, 1897, t. XXVI, p. 151. — R. SALEILLES, dans *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1901-1902, t. I, p. 148. — R. SALEILLES, *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, Paris, 1904, p. 57-58.

3. R. SALEILLES (Compte rendu de J. UNGER, *Shuldübernahme*), dans *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1899-1900, t. XIX, p. 151. — R. SALEILLES (*De la cession de dettes*), dans *Annales de droit commercial*, 1890, t. IV, deuxième partie, p. 38-47 (nos **38-50**). — R. SALEILLES (*Un nouveau livre sur la cession de dette*), dans *Annales de droit commercial*, 1899, t. XIII, p. 91-92. — Voy., en sens contraire sur ce point : Fr. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899, p. 241-245, 2e éd., 1919, t. I, p. 278-283 (no **101**).

4. R. SALEILLES, Préface à L. LYON-CAEN, *La femme mariée allemande*, Paris, 1903, p. XII, p. XVII-XVIII. — R. SALEILLES (*Droit civil et droit comparé*), dans *Revue internationale de l'enseignement*, 1911-1°, t. LXI, p. 10-11, p. 13, p. 18, p. 22-23.

5. Voy. notamment : R. SALEILLES (*Lettre à M. P. Desjardins sur l'enseignement du droit*), dans *Union pour la vérité*. Correspondance mensuelle. Post-scriptum à la troisième série des « Libres entretiens », Paris, 1907, p. 33. — R. SALEILLES (*Droit civil et droit comparé*), dans *Revue internationale de l'enseignement*, 1911-1°, t. LXI, p. 23-24. — Comp. *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, t. I, p. 104.

sociale, pénètrent, en même temps, les esprits des intéressés, pour y assurer la plus grande fermeté du droit : en cela consiste précisément la *technique doctrinale constructive*[1]. — Dans l'usage des conceptions et constructions, la doctrine, qui reste, en principe, absolument libre[2], doit s'appliquer à modeler les conceps sur les faits, au lieu de prétendre plier les faits aux concepts[3]. Elle prendra les constructions de toutes mains, et notamment saura les chercher dans les systèmes de droit voisins et en progrès, par la voie du droit comparé[4]. Elle n'hésitera pas à transformer ou à modifier ses concepts, suivant l'exigence des cas, et afin d'arriver à des constructions juridiques de plus en plus parfaites[5]. Il convient d'ajouter, que le système des constructions juridiques est particulièrement efficace et décisif, pour compléter l'idée de but ou y suppléer, soit quand il s'agit de féconder et de mettre en valeur des volontés obscures dans un domaine ouvert à leur autono-

1. R. Saleilles (*Droit civil et droit comparé*), dans *Revue internationale de l'enseignement*, 1911-1°, t. LXI, p. 14, p. 18. *Adde* : p. 18-25.

2. Voy. notamment : R. Saleilles (Compte rendu de J. Unger, *Schuldübernahme*), dans *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1899-1900, t. XIX, p. 151. — R. Saleilles (*Ecole historique et droit naturel*), dans *Revue industrielle de droit civil*, 1902, t. I, p. 104. — Comp. ci-dessus, p. 183, texte et note 3 (n° **215**).

3. Voy. notamment : R. Saleilles, *Du refus de paiement pour inexécution de contrat*, Paris, 1893, p. 29 (n° **18**). — R. Saleilles, dans *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1901-1902, t. I, p. 134, p. 148, et 1904, t. III, p. 174-175. — R. Saleilles, *Etude sur l'histoire des sociétés en commandite*), dans *Annales de droit commercial*, 1897, t. XI, p. 45.

4. R. Saleilles, dans *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1889-1890, t. XIX, p. 151 ; 1899-1900, t. XXIX, p. 391, p. 401-403, et dans *Revue internationale de l'enseignement*, 1911-1°, t. LXI, p. 25-32.

5. Voy. notamment : R. Saleilles, dans *Revue internationale de l'enseignement*, 1890-1°, t. XIX, p. 491-495. — *Du refus de paiement pour inexécution de contrat*, Paris, 1893, p. 13. — Préface à Fr. Geny, *Méthode d'interprétation*, Paris, 1899, p. IV-V, p. VII-X, p. XI-XII ; 2e éd., 1919, t. I, p. XVI-XVII, p. XIX-XXII, p. XXIV. — *Introduction au droit civil allemand*, Paris, 1904, p. 57-58.

mie, soit quand on doit canaliser, pour en tirer une direction ferme, un courant d'idées encore incertaines et tendant à la dérive [1].

216. — Telles nous apparaissent, en substance, les conclusions les plus fermes, auxquelles soit arrivé le seul de nos philosophes du droit, qui semble avoir senti l'importance et les difficultés du problème. — Or, tout en rendant hommage à son effort et reconnaissant le prix des solutions qu'il nous apporte, dans un sujet si obscur et si complètement négligé [2], je ne puis dissimuler que tous ses développements n'arrivent pas à produire la pleine clarté désirable, en raison, ce semble, de deux défauts, qui atteignent, de plus fort, les autres essais tentés, dans le même sens, d'une façon d'ailleurs beaucoup moins pénétrante [3].

D'une part, nos auteurs n'ont pas su isoler et spécifier, de façon précise, les procédés de construction conceptuelle, dont il s'agit exclusivement de fixer le rôle. Malgré leurs essais de distinction, ils continuent de mélanger, avec les concepts proprement dits, les principes rationnels tirés de la seule considération des réalités, les définitions qui tendent simplement à délimiter celles-ci pour les soumettre aux règles, les raisonnements logiques nécessaires au développement des préceptes acquis. De tout cela

1. Voy. surtout : R. SALEILLES, *Du refus de paiement pour inexécution de contrat,* Paris, 1913, p. 6-14. — *Adde,* dans *Revue internationale de l'enseignement,* 1890-1°, t. XIX, p. 495-497.

2. Comp. Fr. GENY (*La conception générale du droit, de ses sources, de sa méthode dans l'œuvre de Raymond* SALEILLES), dans *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles*, Paris, 1914, p. 58-59 (n° **15**).

3. Je puis ajouter encore, parmi les études, émanées d'individualités moins accusées, et procédant par essai plutôt que fournissant le résultat d'efforts longuement poussés, quelques passages intéressants de H. GAZIN, *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique,* thèse de doct. Droit, Dijon, *1910*-1911, *passim,* notamment p. 6-8 et p. 30 (Introduction), surtout Conclusion, p. 481-496. — Voy. aussi les auteurs ou travaux signalés par Fr. GENY, *Science et technique en droit privé positif,* t. I, Paris, 1914, p. 104-108 (n°s **36-37**).

résulte un *complexus* d'idées, qui empêche de discerner le seul point délicat à envisager. — D'autre part, pour résoudre ce problème mal débrouillé, on ne nous offre que des affirmations. Ainsi, quand on nous dit que les constructions basées sur les concepts donnent seules la « frappe juridique » aux règles non consacrées par la loi, qu'à leur défaut « il n'y a plus qu'arbitraire ou incertitude pour les intéressés »[1]. Ou, quand on déclare que le procédé des constructions conceptuelles doit rester étranger au législateur et être réservé à la doctrine[2]. Ou, quand on proclame celle-ci pleinement libre dans la création et le maniement des concepts, à tel point qu'elle puisse même écarter ou modifier ceux auxquels le législateur paraîtrait s'être plus ou moins consciemment attaché[3]. Tous ces apophtegmes ne sont pas sans quelque séduction pour l'esprit. Au premier abord, ils paraissent assez plausibles. Mais dès que nous y réfléchissons davantage, nous nous prenons, faute de preuve, à douter de leur bien-fondé. Nous nous disons, qu'après tout, le contraire est également soutenable[4]. Du moins, voudrions-nous en trouver quelque

1. R. Saleilles, dans *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1899-1900, t. XXIX, p. 402. — *Adde :* R. Saleilles, dans *Revue internationale de l'enseignement*, 1890-1°, t. XIX, p. 496; et dans *Lettre à M. P. Desjardins sur l'enseignement du droit*, Paris, 1907, p. 33. — Comp. ci-dessus, p. 182, texte et note 2 (n° **215**).

2. Voy. ci-dessus, p. 183, texte et notes 1-5; p. 184, texte et note 1 (n° **215**).

3. Voy. ci-dessus, p. 183, texte et note 3; p. 184, texte et notes 2 et 5 (n° **215**).

4. Ainsi, pour défendre la nécessité des constructions doctrinales, R. Saleilles allègue qu'elles tendent à substituer une idée de raison à un pur sentiment (*Droit civil et droit comparé*), dans *Revue internationale de l'enseignement*, 1911-1°, t. LXI, p. 19-22. — Mais, à y bien réfléchir, il n'y a là qu'une opposition factice. Et, si l'on prend l'exemple présenté à son appui, je ne vois pas en quoi l'idée de *continuation de la personne du défunt*, ou celle de la *saisine*, employées pour expliquer l'obligation de l'héritier aux dettes de la succession *ultra vires hereditatis*, seraient plus rationnelles ou moins sentimentales que l'idée de la *solidarité familiale*.

justification, dans les développements où l'on nous les présente. Et jusqu'ici, c'est, là-dessus, une carence absolue.

La constatation de ces défaillances, si elle ne suffit pas à nous prometire le succès, dans la tâche ardue qu'il nous faut à notre tour entreprendre, doit, du moins, en nous prémunissant contre les dangers qu'elle recèle, nous tracer la marche à suivre, pour nous rapprocher au mieux du but. — Avant tout, et essentiellement, il s'agit, par une série d'éliminations, de distinctions et de précisions, de serrer, d'aussi près que possible, le problème, seul vraiment délicat à résoudre (§ I). — Cela fait, et sans prétendre trancher le débat par des démonstrations apodictiques et convaincantes, je voudrais, du moins, ajouter quelques jalons à ceux déjà posés et les affermir grâce à des observations tirées des faits, qui pussent ouvrir une voie sûre à quelques progrès de méthode (§ II). — Enfin, il conviendrait de faire l'essai des résultats acquis sur certaines questions, prises au hasard de la rencontre, dans le vaste ensemble du droit privé contemporain (§ III).

I

217. — Tout d'abord, nous réserverons, pour l'examiner dans un chapitre ultérieur (chapitre huitième [XXII]), le rôle de la terminologie et de la phraséologie, dans l'élaboration technique du droit. Les mots, leur agencement, les formules usuelles qui s'en dégagent, ne sont pas sans lien avec les opérations de l'esprit, qui les préparent, dont ils condensent et fixent les résultats. Mais, formant comme un prolongement, des procédés plastiques en même temps que des procédés intellectuels, de la technique juridique, ils sont, à vrai dire, doués d'une efficacité propre, qui leur mérite une place à part, dans un ensemble organisé de toute cette étude [1].

1. Voy. ci-après le chapitre huitième de cette partie (chap. XXII). —

Quant aux moyens, principalement didactiques, de l'exposé des règles juridiques, tels que les définitions, les divisions, les classifications des notions formant l'objet de l'élaboration à poursuivre, il ne semble pas qu'il y ait lieu de leur consacrer ici de nouveaux développements [1]. Les résultats, qu'ils apportent, profitent à la mise en œuvre pratique du droit, par l'intermédiaire de la recherche scientifique de ses principes. Et, l'on ne voit pas que leur maniement technique offre des *particularités,* vraiment dignes de retenir l'attention. Il suffira donc, à leur égard, de nous référer aux explications, précédemment fournies, dans la partie générale de ce travail [2].

La méthode même de découverte des solutions juridiques, par le moyen des jugements (au sens philosophique du mot), raisonnements, déductions ou inductions, avec

---

Rappr. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, I, Paris, 1914, nº **51**, p. 150-152.

1. De ce point de vue, purement descriptif, R. Leonhard, *Der allgemeine Theil des bürgerlichen Gesetzbuchs in seinem Einflusse auf die Fortentwickelung der Rechtswissenschaft,* Berlin, J. Guttentag, 1900, § **21**, Die Darstellungsformen der Rechtswissenschaft, p. 55-58, a présenté une analyse intéressante des principaux procédés intellectuels de l'élaboration juridique, qu'il condense en trois groupes: *a*) les concepts de droit (*Rechtsbegriffe,* subdivisés en *Begriffsabgrenzung* et *Begriffsbildung*); *b*) les règles de droit (*Rechtsregeln*); *c*) la systématisation (*Systematik*). — Il rattache la *Konstruction* à la *Begriffsbildung*. — On trouvera aussi, sur tout cela, quelques idées intéressantes, bien qu'un peu confuses, dans G.-A. Meumann, *Observations sur le système du droit privé,* Genève, 1909, §§ **10-15**, p. 62-109. — *Adde,* du même auteur: *Prolegemena zu einem System des Vermögensrechts,* Breslau, 1903. I. Methodologische Vorbemerkungen, §§ **1-6**, p. 1-71. — Voy. encore: L. Brütt, *Die Kunst der Rechtsanwendung*, Berlin, J. Guttentag, 1907, p. 161 (§ **10**).

2. Voy. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, I, Paris, 1914, nº **52**, p. 152-156. — Et spécialement, sur le rôle *technique* des divisions et classifications conduisant aux *catégories:* p. 155, texte et note 2. — *Adde* G. Radbruch, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem.* Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der rechtswissenschaftlichen Systematik, Berlin, J. Guttentag, 1904, notamment: Erster Teil. Ueber rechtswissenschaftliche Systematik, p. 7-67.

le secours de l'analyse et de la synthèse, fonctionne ici telle que nous l'avons décrite sous son aspect général [1]. — Avant tout, notamment, s'impose une procédure strictement logique, toutes les fois qu'il s'agit de développer les conséquences de volontés humaines, qui ne se peuvent interpréter que suivant les lois formelles de l'esprit, ou, plus généralement, quand on doit faire fructifier un principe, dont la logique seule fournit une représentation adéquate à tous ceux qu'il régit [2]. Il convient, seulement, d'observer, que la nécessité, presque constante, en droit, de concilier des volontés quelque peu divergentes, ou de combiner ensemble des principes à tendances diverses, adoucit la rigueur d'une logique unilatérale et aboutit à faire dominer, dans la mise en œuvre des règles juridiques, cette « déduction tempérée », qui forme la marque distinctive de nos raisonnements les plus plausibles [3]. — Toutes ces idées, que j'ai déjà exposées [4], rencontrent, dans l'élaboration technique du droit, un large champ d'application. Et, si l'on en voulait présenter des exem-

---

1. Voy. Fr. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, I, Paris, 1914, n° **53**, p. 156-157, et n°s **57-63**, p. 165-194. — *Adde :* G. RADBRUCH, *op.* et *loc. citt.* — Et, sur la nature exacte du raisonnement juridique, comp. L. BRÜTT, *Die Kunst der Rechtsanwendung*, Berlin, J. Guttentag, 1907, p. 38-42, § **3**).

2. Fr. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, I, Paris, 1914, n° **43**, p. 122-126. — Comp. Fr. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899, p. 113-114 (n° **61**), p. 464 (n° **158**); 2e éd., 1919, t. I, p. 127-128 (n° **61**), t. II, p. 82-83 (n° **158**). *Adde :* n° **102**.

3. Sur la nécessité, pour la mise en œuvre du droit, et en raison de son caractère organique, d'une logique basée sur des concepts multiples, variés, souples et tenant compte de la relativité des choses, voy. J. KOHLER, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, Berlin, C. Heymann, t. I, 1904, p. 23-28 (§ **8**, IV-VII). — *Adde :* Ed. MEYNIAL, *Du rôle de la logique dans la formation scientifique du droit*, dans *Revue de métaphysique et de morale*, 1908, t. XVI, p. 164-189. — Voy. aussi : F. MALLIEUX, *L'exégèse des Codes et la nature du raisonnement juridique*, Paris, Giard et Brière, 1908.

4. Fr. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, I, Paris, 1914, n° **43**, p. 122-126; n° **53**, p. 156-157; n°s **57-67**, p. 165-212.

ples, on pourrait considérer, soit le principe général des risques, résumé dans la règle : *res perit domino,* avec les modifications qu'il peut subir par le choc d'autres principes [1], soit les effets de la confusion limités à l'incompatibilité des situations qu'elle suppose (en matière d'usufruit, de servitudes foncières, d'obligations principales ou accessoires, d'hypothèques...), soit, dans un domaine plus restreint, les conséquences tirées, par la jurisprudence ou la doctrine, de l'inaliénabilité dotale, quant aux obligations de la femme dotale (suivant leur origine contractuelle, quasi contractuelle, délictuelle ou quasi délictuelle), voire même pour sa réaction sur les paraphernaux (dot incluse) [2].

Au surplus, tous ces procédés logiques puisent leur valeur dans l'analogie. L'esprit humain procède, du même au même, ou du semblable au semblable. Et, quand il s'agit de découvrir les règles, qui dirigeront la conduite extérieure de l'homme, le besoin d'unité, qui est à la base de notre nature, nous fait assez sentir que des situations analogues doivent être réglées de même sorte. Or, ce principe joue un rôle important dans l'élaboration technique du droit. Il permet à l'ingéniosité humaine de donner aux règles, une fois acquises, un champ d'extension presque indéfini, sous la condition seulement, qu'on trouve, dans les cas nouveaux, les éléments de la solution préalablement établie. — Mais, là-dessus encore, les développements nécessaires se trouvent avoir été déjà présentés [3]. Et, leur application à l'élaboration technique du droit

---

1. Cons. Fr. Geny, *Risques et responsabilité,* dans *Revue trimestrielle de droit civil,* 1902, t. I, p. 812-849.

2. Voy., pour d'autres applications : Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif,* I, Paris, 1914, n^{os} **64-66**, p. 194-210.

3. Voy. notamment : Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif,* I, Paris, 1914, p. 157-158 (n° **54**), p. 161 (n° **56**), p. 179-180 (n° **60**). — Comp. P. Vander Eycken, *Méthode positive de l'interprétation juridique,* Bruxelles et Paris, 1907, n° **185**, p. 307-308.

n'offrirait aucune particularité, digne de mention, si l'analogie ne se réalisait souvent, dans ce domaine, à grand renfort de ces moyens conceptuels ou constructifs, que nous devons seuls envisager ici, de plus près, *dans leur emploi spécialement technique*.

218. — En effet, la forme, vraiment caractéristique, de la procédure intellectuelle, appliquée aux choses du droit, consiste à isoler, par un effort d'abstraction, les concepts, qui semblent dominer les réalités juridiques, puis, les envisageant en eux-mêmes, à les analyser, les modifier, les agencer et les combiner, de façon à en créer des entités indépendantes, capables pourtant de régir les faits de la vie sociale par la vertu de l'idée qui les anime [1]. C'est ce qu'on appelle plus spécialement la *construction juridique*, essentiellement réalisée au moyen de la représentation par concepts, et dont les résultats se traduisent en hypothèses ou théories, pour tendre à la systématisation complète du droit [2]. — Sans doute, d'autres sens ont encore été présentés, de l'expression « construction juridique ». On l'a adaptée, non sans abus, à la « subsumption » des faits aux règles juridiques, telle que la pratiquent le juge ou l'administrateur [3]. Plus exactement, on a pu séparer une construction, tirée des préceptes du droit, et une construction, basée sur des principes supérieurs [4]. — Mais, quelque variées que soient les sources où

1. Comp. E. Zitelmann, *Die Gefahren des bürgerlichen Gesetzbuches für die Rechtswissenschaft*. Rede, Bonn, 1896, p. 16-17. — A. von Tuhr, *Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, Leipzig, 1910, Vorwort, p. VII-VIII, p. XI-XIII.

2. Voy. surtout : Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, I, Paris, 1914, n° **40**, p. 113-114 et p. 158-160 (n° **54**). — Comp. Fr. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899, 2e éd., 1919, n° **22**, n° **25**, n° **60**, n° **77**, n° **81**, n° **158**. — *Adde* : E. Thaller (*La méthode en droit commercial*), dans *Les méthodes juridiques*, Paris, 1911, p. 143-150.

3. E. Stampe, *Die Freirechtsbewegung*, Berlin, 1911, p. 8.

4. E. Stampe, *Die Freirechtsbewegung*, Berlin, 1911, p. 8.

elle puise, la construction juridique, si l'on veut lui reconnaître une nature nettement spécifique, ne peut être que le travail de l'esprit, traitant la matière du droit suivant ses moyens propres (concepts), qui convergent tous autour de l'abstraction et aboutissent à une idéalisation synthétique du réel[1]. Il y a là une méthode, qui, sans être particulière au droit[2], y prend une couleur originale et y produit des effets considérables[3]. J'en ai, jadis, présenté de nombreuses applications[4], qu'on pourrait aisément multiplier encore, tant l'illustration du procédé apparaît en chaque manifestation de la jurisprudence positive.

Qu'il me suffise de signaler ici, pour en essayer plus

---

1. Voy. encore : R. von Jhering, *Geist des römischen Rechts,* II, 2, § **41**, 4 A., Leipzig, 1883, t. III, p. 357-389; *Esprit du droit romain,* trad. de Meulenaere, 3e éd., Paris, 1887, t. III, § **46**, p. 50-80. — *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz,* Leipzig, 1885, p. 6-17; *Satires et vérités,* trad. de Meulenaere, Paris, 1902, p. 74-83. — B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts,* 9 A. Th. Kipp, t. I, Frankfurt a. M., 1906, p. 112, texte et note 2. Comp. tout le § **24**, p. 110-112. — R. Leonhard, *Der allgemeine Theil des bürgerlichen Gesetzbuchs in seinem Einflusse auf die Fortentwickelung der Rechtswissenschaft,* Berlin, 1900, § **21**, II, b, p. 54; comp. *ibid.*, IV, p. 58. — R. Stammler, *Theorie der Rechtswissenschaft,* Halle, a. d. S., 1911, vierter Abschnitt, D. Die juristische Konstruktion, p. 336-363. — G. Radbruch, *Einführung in die Rechtswissenschaft,* Leipzig, 1913, p. 144. — L. Brütt, *Die Kunst der Rechtsanwendung*, Berlin, J. Guttentag, 1907, p. 90-91 (§ **5**); p. 161 (§ **10**); p. 162-163 (§ **10**). — Rapp. encore : P. de Tourtoulon, *Les principes philosophiques de l'histoire du droit,* Paris et Lausanne, 1914-1919, p. 432-448, p. 487-488.

2. Sur les sciences de construction proprement dites (dont les objets ne sont que possibles), telles que les mathématiques, la mécanique, voy. notamment : H. Taine, *De l'intelligence,* éd., in-8, Paris, Hachette, 1870, t. II, 2e partie, liv. IV, chap. I, § II, p. 262-288; chap. II, § II, p. 332-394; chap. III, p. 395-492, *passim,* notamment, § II, I, p. 420-434 et p. 473-479 (§ III, II).

3. Voy. surtout : N.-M. Korkounov, *Cours de théorie générale du droit*, trad. Tchernoff, Paris, Giard et Brière, 1903, § **64,** p. 532-542, sous ce titre : L'étude scientifique du droit.

4. Voy. notamment : Fr. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif,* Paris, 1899, 2e éd., 1919, no **24,** nos **65-67,** nos **70-75,** nos **78-79.** — *Science et technique en droit privé positif,* I, Paris, 1914, p. 118-119 (no **42**); p. 200-201 (no **65**); p. 207-210 (no **66**).

loin la critique[1], parmi les concepts les plus généraux : celui du rapport juridique, d'où surgit le sujet de droit conduisant à la personnalité civile ou morale ; à un degré moins élevé, les notions de droit réel et de droit de créance, ou de droits de la personnalité ; et, dans un domaine plus spécial encore, soit la notion de propriété ou celle du droit à la preuve, soit des questions, comme celles de la subrogation réelle, du pouvoir ménager de la femme mariée, du remploi opéré par le mari pour la femme qui l'accepte après coup. — Assurément, toutes ces théories mettent en œuvre d'autres procédés d'élaboration, et notamment celui des catégories[2]. Mais elles restent dominées par la représentation conceptuelle, qui, seule, explique les prodiges d'imagination, au moyen desquels on féconde la réalité, en vue d'y greffer de nouvelles solutions juridiques. — Et, si pareil effort est surtout l'œuvre de la doctrine[3], il advient, qu'en dépit de ses tendances réalistes, la jurisprudence n'hésite pas à se l'approprier[4] ; bien

1. Voy. ci-après, n[os] **224-226**, *passim*.

2. Voy. ci-dessus, p. 174 (n° **213**). Comp. n[os] **207-213**, p. 123-174. — Et rappr., pour une application intéressante d'une recherche poussée en ce sens : R. Japiot, *Du fondement de la dette des dépens*, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1914, t. XIII, p. 523-554. Notez surtout p. 525-526, p. 536-537, p. 552.

3. C'est en ce sens, que R. Saleilles a parlé de *technique doctrinale constructive*. Voy. Fr. Geny (*La conception générale du droit, de ses sources, de sa méthode, dans l'œuvre de Raymond* Saleilles), dans *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles*. Paris, 1914, n° **9**, p. 32-35 ; comp. n° **13**, p. 48-52.

4. On en verrait un exemple, à propos de l'application de l'art. 789 C. civ. franç., dans Req. rej., 29 janvier 1862, *Sirey*, 62. 1. 337. *Adde* là-dessus : M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 7[e] éd., t. III, Paris, 1918, n° **1975**, p. 427. — Voy. encore, pour une application plus curieuse de cet effort des décisions judiciaires, en vue de ramener les solutions, qu'elles portent, à une construction juridique bien caractérisée, la suite des jugements et arrêts terminés par Req. rej., 8 novembre 1905, d'après la note de J. Hémard, sous ce dernier arrêt, *Sirey*, 1907. 1. 145 (question de la validité des opérations, conclues, sans autorisation, par une femme mariée, vivant séparée en fait, de son mari).

plus, la législation, mettant en valeur les résultats acquis, sera parfois tentée d'échafauder ses décisions positives sur des concepts qui paraîtraient propres à les soutenir[1].

Or, il s'agit d'apprécier le mérite du procédé, non plus au point de vue de la recherche générale ou scientifique du droit, qui a été précédemment considérée[2], mais seulement sous le rapport de sa mise en œuvre technique.

Le problème demande encore une précision, déjà préparée par mes travaux antérieurs[3], et qu'il n'est plus que de mettre au point. — Quand nous parlons des *concepts*, au moyen desquels s'édifient les constructions juridiques, nous les opposons aux *réalités*, susceptibles d'une élaboration plus objective. Mais on a pu discuter sur la portée

1. C'est ainsi que le projet de loi, présenté par M. Waldeck-Rousseau, sur le contrat d'association, portait, en son article 10, la consécration légale du concept de fiction, appliqué à la personnalité civile. *Adde* art. 8 : *Journal officiel*, 1899, Chambre, Documents parlementaires, Annexe 1184, p. 123-125. — Voy. aussi le « risque social », assigné comme base à la participation de l'Etat dans la responsabilité des communes pour dommages commis dans certaines conditions sur leur territoire, par la loi du 16 avril 1914, art. 1er (nouvel art. 108 cbn. nouvel art. 106 de la loi municipale du 5 avril 1884). — Enfin, on peut encore signaler, à titre d'exemple, la notion de « droit social », qui, placée à la base du projet primitif de la loi sur la réparation des dommages causés par les faits de la guerre (devenu la loi du 17 avril 1919), déposé à la Chambre des députés le 11 mai 1915 par le ministère Viviani, a été largement atténuée dans l'élaboration définitive de la loi. Comp. L. Rolland dans *Revue du droit public*, numéro d'avril-mai-juin 1919. — Semblables procédés se rencontrent aussi bien dans les lois plus anciennes. Et, j'en relève un cas marquant dans le « rapport des dettes » en matière de succession, organisé par le Code Napoléon (art. 829-830) sur la base d'un concept, que la jurisprudence a dû assouplir pour le restreindre à son but légitime. Voy., à cet égard : A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, Paris, Dalloz, 2e éd., t. III, 1921, p. 560-566.

2. Voy. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, t. I, Paris, 1914, nos **44-47**, p. 126-140; no **50**, p. 146-150.

3. Voy. surtout : Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, I, Paris, 1914, p. 140-143 (no **48**). Comp. no **40**, p. 113-114; p. 118-119 (no **41**); p. 133 (no **45**).

exacte des « réalités juridiques »[1]. Comment les devrons-nous entendre? — J'estime, pour ma part, qu'avant tout, nous envisageons des « réalités sociales », consistant en intérêts ou besoins, qui proviennent des émotions[2], sentiments ou tendances (désirs, inclinations, passions), des croyances ou des volitions, des instincts ou des habitudes, suscités chez les hommes par les faits et circonstances de la vie en société, et qui doivent être combinés ou équilibrés en vue de leur satisfaction adéquate. Ces « réalités sociales » se transforment en « réalités juridiques », dès l'instant qu'elles donnent lieu à des règles de conduite extérieure, présentant le caractère de règles de droit[3]. Pareille transformation implique l'intervention d'un élément conceptuel minimum, sans lequel la règle de droit, œuvre de l'esprit et destinée à l'esprit, ne peut être ni créée, ni transmise. — Tant que l'idée n'est employée que comme l'intermédiaire indispensable à la traduction du précepte[4], elle fait partie de la réalité juridique elle-même et il n'est pas à parler de pure construction de l'esprit. Celle-ci n'apparait que si le concept se dégage du réel, s'il est traité pour lui-même, comme entité logique, décidément isolée de la vie[5]. Alors seulement, surgit, dans

1. Voy. notamment : R. SALEILLES, *La personnalité juridique*, Paris, 1910, vingt-quatrième leçon, p. 603-625; — et, là-dessus : M. NAST (*Le problème de la personnalité juridique*), dans *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1911, nouvelle série, t. XL, p. 555-559.

2. Cons. ici : A. GROUBER, *Une théorie psychologique du droit* (de PETRAZYCKI), dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1911, t. X, p. 531-579.

3. Voy. Fr. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, I, Paris, 1914, n° **16**, p. 47-52. Comp. n^os^ **13-15**, p. 42-47, et n° **17**, p. 52-55.

4. Voy. quelques développements, sur ce cas, ci-après, à propos du rôle de la langue dans le droit : n° **232**.

5. C'est du même point de vue, que j'ai opposé le *concept* au *principe*, où je vois une « synthèse de réalités ». Cons. Fr. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, I, Paris, 1915, p. 135 (n° **46**); p. 137 (n° **47**). Comp. p. 107, note 2 (n° **36**); p. 124

toute sa netteté, cet élément nouveau de technique, dont nous devons chercher à estimer ici la valeur[1].

219. — A tout le moins, assurément, la construction juridique par concepts conserve-t-elle, dans l'ordre technique, les utilités, que nous lui avons jadis reconnues, à titre général, pour toute mise en valeur des préceptes du droit. — D'une part, comme procurant une « *économie de la pensée* », elle facilite la déduction et l'enchaînement des règles, elle permet de présenter harmonieusement un ensemble de solutions, qui, laissées à l'état de réalités brutes, paraîtraient simplement juxtaposées, voire dépourvues de toute cohérence[2]. Et, c'est là un avantage, qui, pour être principalement didactique, ne laisse pas que d'assurer à la pratique du droit des qualités de fermeté et d'ordre, fort précieuses pour son succès. — D'autre part, en tant que l'idée excède la simple représentation des choses, elle aura la valeur d'une *hypothèse*[3]; et, à ce

(n° **43**); p. 138-139 (n° **47**); p. 141-142 (n° **48**). — *Adde* Fr. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899, p. 38-40 (n°s **22-23**), p. 131-132 (n° **68**), p. 170-173 (n° **81**); 2e éd., 1919, t. I, p. 45-47 (n°s **22-23**), p. 147 (n° **68**), p. 188-192 (n° **81**).

1. Une analyse, méthodique et très fouillée, du « concept de droit » a été tentée par Paul Eltzbacher, *Ueber Rechtsbegriffe*, Berlin, Guttentag, 1900. — Comp. L. Brütt, *Die Kunst der Rechtsanwendung*, Berlin, J. Guttentag, 1907, p. 36-37 (§ **3**); p. 98 (§ **5**).

2. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, I, Paris, 1914, p. 126-127 (n° **44**), p. 163 (n° **56**). — Comp. Fr. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899, p. 465-466 (n° **158**); 2e éd., 1919, t. II, p. 83-85 (n° **158**). — A von Tuhr, *Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, t. I, Leipzig, Duncker u. Humblot, 1910, Vorwort, p. VII-VIII. — L. Brütt, *Die Kunst der Rechtsanwendung*, Berlin, 1907, p. 161 (§ **10**).

3. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, Paris, I, 1914, p. 159-160 (n° **54**). Comp. p. 132-133 (n° **45**), p. 135 (n° **46**), p. 14[illegible]-145 (n° **48**), p. 149 (n° **50**), p. 191 (n° **63**), p. 199 (n° **65**), p. 205-206, p. 209-210 (n° **66**), p. 211 (n° **67**). — *Adde* : Fr. Geny, *Méthode d'interprétation*, p. 124 (n° **66**), p. 131-132 (n° **68**), p. 140 (n° **70**), p. 150 (n° **74**), p. 160 (n° **78**), p. 172 et 173 (n° **81**), p. 467 (n° **158**); 2e éd., 1919, t. I, p. 139 (n° **66**), p. 146-147 (n° **68**), p. 156

titre, elle pourra suggérer des solutions nouvelles, que leur confrontation avec les faits, estimés suivant le but suprême du droit, soumettra seule à l'épreuve décisive.

Nous n'avons pu aller au delà de ces conclusions, tant que nous nous maintenions sur le terrain de l'investigation scientifique. Et, du moment qu'il s'agissait seulement de relever les « données » du droit positif, sans prétendre influer sur elles par des artifices volontaires, nous aboutissions, à peu près, à admettre, que s'en tenir au minimum indispensable de représentation conceptuelle restait le plus sûr moyen de pénétrer des règles, qui devaient sortir de la réalité elle-même, sous les inspirations de la croyance, éclairée par la conscience morale [1]. — Mais, passant maintenant au domaine de l'élaboration technique, où l'activité spontanée joue un rôle prépondérant [2] et doit suppléer aux insuffisances des pures facultés de connaissance, nous sommes amenés à nous demander, si et dans quelle mesure l'idée peut ici devenir une *force* indépendante [3], qui, fécondant la matière sociale, permette, au besoin, d'en modifier les tendances naturelles, de façon à satisfaire, au mieux, les exigences, profondes et complexes, de l'ordre juridique.

(nº **70**), p. 166 (nº **74**), p. 178 (nº **78**), p. 190 et 191 (nº **81**); t. II, p. 86-87 (nº **158**).

1. Voy. Fr. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, I, Paris, 1914, p. 137 (nº **47**). *Adde :* nºs **45-48**, p. 130-145; p. 149 (nº **50**); p. 185 (nº **61**); p. 187-188 (nº **62**); p. 190 et 193 (nº **63**); p. 198-200 (nº **65**); p. 205-206 (nº **66**). — Comp. Fr. GENY, *Methode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899, p. 467 (nº **158**); 2e éd., 1919, t. II, p. 86 (nº **158**).

2. Voy. Fr. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, III, Paris, 1921, nºs **182-184**, p. 16-26.

3. Comp. Fr. GENY, *Méthode d'interprétation*, Paris, 1899, p. 130, texte et note 4 (nº **68**); 2e éd., 1919, t. I, p. 146, texte et note 2 (nº **68**). — *Science et technique en droit privé positif*, I, Paris, 1914, p. 129 (nº **44**); p. 163-164 (nº **56**).

II

220. — Deux considérations générales pourront nous aider, sinon à élucider pleinement ce délicat problème, du moins, à en préparer une solution, qui, ainsi dégagée des plus gros obstacles, fournira à l'investigation juridique quelques directions élémentaires.

a) Contrairement aux idées les plus répandues dans la doctrine contemporaine[1], il ne semble pas que, même du point de vue technique, le procédé des concepts et constructions soit *vraiment indispensable,* pour l'acquisition ou la mise en œuvre des solutions juridiques. Il suffit, pour en être assuré, d'observer que le plus grand nombre des règles de droit s'établit et se développe par des raisons intrinsèques de justice ou d'utilité, qui suffisent à leur conférer toute la fermeté et toute la cohésion nécessaires, alors que les représentations purement conceptuelles, qu'on prétendrait y adjoindre, ne feront souvent qu'égarer la recherche, en substituant les écarts désordonnés de la pensée à l'emprise, seule féconde et sûre, des réalités. — C'est, d'ailleurs, une erreur de croire, que les théories, échafaudées sur les concepts, écartent, plus sûrement, le danger des appréciations subjectives et des solutions arbitraires. Un examen attentif des principales questions de la jurisprudence moderne tend, au contraire, à montrer, que l'interprétation juridique ne peut que gagner, en précision, en fermeté, aussi bien qu'en heureuse fécondité, à éloigner, le plus possible, le mirage des constructions imaginaires, pour s'attacher de plus fort au roc solide des convictions et des intérêts, qui restent les inspirateurs ou les soutiens des plus menus préceptes du droit. J'en ai fourni, ailleurs,

1. Voy. ci-dessus, n° **215**, p. 178-185. — *Adde :* A. von Tuhr, *Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts,* t. I, Leipzig, Duncker u. Humblot, 1910, Vorwort, p. VII-VIII et p. XI-XIII.

de nombreux exemples[1]. Qu'il me soit permis d'en ajouter quelques-uns, que j'emprunte à des matières bien connues de notre droit civil.

On sait avec quelle ténacité certaine doctrine a poursuivi la construction théorique de la communauté de biens entre époux[2]. Les uns, fidèles à l'ancienne direction mise en relief par DUMOULIN, en faisaient la chose exclusive du mari, le droit de la femme se réduisant à une espérance qui ne pût se réaliser qu'après la dissolution (*uxor non est proprie socia, sed speratur fore*)[3]. D'autres tentaient, sans grand succès, d'y adapter le concept de la personnalité morale[4]. La plupart, conscients des difficultés qu'offraient les points de vue précédents, s'en tenaient à la notion classique d'indivision, non sans reconnaître son insuffisance pour expliquer les plus saisissantes particularités de l'institution[5]. Touchés de cette dernière infirmité, que ne pouvait corriger l'idée, d'ailleurs inadéquate, de société, quelques auteurs ont essayé, plus récemment, d'assouplir, du moins, le régime ordinaire de l'indivision, au moyen de la *gesammte Hand* du droit germanique[6]. — Or, ces

---

1. Voy. Fr. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif,* Paris, 1899, p. 42-43 (nº **24**); 2ᵉ éd., 1919, t. I, p. 48-50 (nº **24**); — nºˢ **70-75,** p. 134-154; 2ᵉ éd., t. I, p. 149-171. — *Adde :* p. 467 (nº **158**), particulièrement la note 3; 2ᵉ éd , 1919, t. II, p. 86, texte et note 3.

2. Comp. O. STOBBE, *Ueber die rechtlicke Natur der allgemeinen ehelichen Gütergemeinschaft* (Programm), Leipzig, 1884.

3. Voy. notamment : TOULLIER, *Le droit civil français,* t. XII, nºˢ **72-82.** — Cons. A. CHÉRON, *Étude sur l'adage « Uxor non est proprie socia sed speratur fore »*, thèse de doct. Droit, Paris, *1901*-1902.

4. Voy., par exemple : TROPLONG, *Du contrat de mariage,* t. I, Paris, 1850, nºˢ **306-321.** — Comp. A. BOISTEL, *Cours de philosophie du droit,* Paris, 1899, t. II, p. 87-89 (nºˢ **344-345**).

5. Voy. notamment : AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français,* § **505**, 5ᵉ éd. E. BARTIN, t. VIII, 1916, p. 1-9. — M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil,* 6ᵉ et 7ᵉ éd., t. III, 1913 et 1918, nº **905**, p. 60-61, p. 61-62.

6. Cons. L. MASSE, *Caractère juridique de la communauté entre époux dans ses précédents historiques,* thèse de doct. Droit, Paris, 1901-

conceptions variées, et que l'imagination des juristes eût pu sans doute multiplier et affiner encore, sont restées sans influence sérieuse sur le développement pratique de la communauté. Celle-ci a soulevé un grand nombre de problèmes, que rendait particulièrement délicats la complexité des intérêts en présence. Quand leur solution, ne ressortant pas nettement des textes, des précédents historiques, ou de tous autres éléments de sources formelles, exigeait la mise en œuvre d'une interprétation indépendante, celle-ci s'est formée, sur la base des considérations morales ou utilitaires qui dominent le régime, telles que les exigences du crédit des époux communs [1], sans éprouver le besoin de prendre parti sur un concept théorique, trop éloigné des réalités pour les influencer efficacement [2]. — Finalement, nous devons constater que, si quelques-uns posent encore, pour l'honneur de la théorie, la question purement conceptuelle de *la nature juridique de la communauté entre époux*, personne ne songe à la faire prédominer sur les éléments de justice ou d'économie, qui, seuls, à vrai dire, animent toute l'institution [3].

A cette application d'ample portée, j'en joindrai une, beaucoup plus modeste, en rappelant la difficulté soulevée par la validité des actes de l'héritier apparent. — Ici encore, pour défendre en quelque mesure cette validité, que semblent réprouver les principes les plus sûrs de notre droit positif, tandis que l'imposent les besoins pratiques, à quels

1902. — J. Ricol, *La copropriété en main commune* (*Gesammte Hand*) *et son application possible au droit français*, thèse de doct. Droit, Paris, 1906-*1907*, notamment p. 363-380.

1. Comp. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, I, Paris, 1914, p. 199-200 (nº **65**).

2. Par exemple, quand il s'agit de préciser l'effet, par rapport aux biens communs, des obligations de la femme autorisée. Cons. la note d'E. Meynial, sous-Paris, 20 février 1891, *Sirey*, 93. 2. 161.

3. Comp. E. Meynial, *Le caractère juridique de la communauté entre époux* (sur la thèse de L. Masse), dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1903, t. II, p. 811-834, notamment p. 811-812.

ingénieux concepts n'avait-on pas songé à faire appel? Mandat, gestion d'affaires, saisine collective, réaction des règles de la pétition d'hérédité (comp. Ulpien, Dig. V. 3, *De hereditatis petitione*, fr. 25, § 17), faute ou négligence du successible dépossédé, telles étaient les plus connues des idées mises en avant, à l'effet de justifier un échec aux droits infrangibles de l'héritier véritable[1]. — Mais, la subtilité ou l'invraisemblance de ces constructions n'en ont pu déguiser la vanité. Et, tout compte fait, l'on s'est peu à peu accordé à placer exclusivement le débat sur le terrain des intérêts en conflit, à apprécier, du point de vue de la justice et de l'utilité sociale, le droit de l'héritier véritable au regard de la situation des tiers ayant traité avec l'héritier apparent, pour préférer ces tiers lorsque les circonstances de l'affaire (nature de l'acte, bonne ou mauvaise foi, erreur commune) feraient pencher la balance en leur faveur[2].

Considérons, maintenant, l'activité législative s'exerçant, en vue d'assurer, entre les créanciers d'un même débiteur, préférence, sur une créance comprise dans le patrimoine de celui-ci, à tel ou tel créancier, qui paraît mériter cet avantage. Un concept général paraît s'offrir, pour réaliser au mieux pareille conséquence : le concept de privilège, qui se trouve effectivement employé dans la plupart des cas[3].

---

1. Voy., pour l'ensemble de la controverse : C. Demolombe, *Cours de Code civil*, t. II, nos **232-258**. — *Adde :* P. Jozon, *Des aliénations consenties par l'héritier apparent*, dans *Revue pratique de droit français*, 1862-2°, t. XIV, p. 378-397.

2. Voy. notamment : Civ. cass. et Civ. rej., 26 janvier 1897, *Pandectes françaises périodiques*, 1901. 1. 209, avec la note de J. Charmont. — Comp., sur une question voisine : Civ. rej., 17 juillet 1907, *Sirey*, 1907. 1. 401 et Req. rej., 17 décembre 1907, *Sirey*, 1908. 1. 396. — *Adde :* A. Loniewski, *Essai sur le rôle actuel de la maxime Error communis facit jus*, thèse de doct. Droit, Aix-Marseille, 1904-*1905*, *passim*, notamment p. 183-216. — L. Crémieu, *De la validité des actes accomplis par l'héritier apparent*, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1910, t. IX, p. 39-82.

3. Cons. notamment : J.-E. Labbé, *Des privilèges spéciaux sur les créances*, dans *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1876,

— Mais le législateur s'est parfois contenté de consacrer le résultat désirable, sans l'encadrer dans les lignes de la conception traditionnelle. C'est ainsi que le décret du 26 pluviôse an II, élargi dans son application par la loi du 25 juillet 1891, pour attribuer, aux ouvriers et fournisseurs des entrepreneurs de travaux publics, préférence sur les fonds représentant le montant de l'entreprise, leur réserve, à l'exclusion des autres créanciers de l'entrepreneur, la faculté d'opposition sur les sommes dont il s'agit (art. 1, 3 et 4 Décret 26 pluviôse an II)[1]. En d'autres cas, le législateur reconnaît au créancier, qu'il entend avantager, contre le débiteur de son débiteur, une action directe qui le soustrait au concours des autres créanciers de celui-ci (art. 1753, 1798 et 1994, al. 2 C. civ. franç.; art. 133 C. proc. civ. franç.)[2]. Parfois aussi, il s'est borné à interdire le paiement par le débiteur à son créancier, avant désintéressement du créancier de ce dernier, qu'il s'agit d'avantager (L. 19 février 1889, art. 3, al. 2). Ou bien encore, il a procédé par une substitution directe, tantôt de créancier (L. 19 février 1889, art. 2 et art. 3, al. 1), tantôt de débiteur (art. 16, al. fin., L. 9 avril 1898, modifié par L. 31 mars 1905, art. 1er)[3], pour arriver au même point. — Et, sans doute,

---

nouvelle série, t. V, p. 571-590 et p. 665-694. — L. Balleydier, *Des privilèges sur les créances et de leurs effets*, dans *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1886, nouvelle série, t. XV, p. 415-425, p. 523-536, p. 568-582. — *Adde* : L. 27 décembre 1895, art. 4, al. 1; L. 9 avril 1898, art. 26, al. 2.

1. Dans une hypothèse voisine (sous-traitants d'une entreprise de fournitures faites au service de la guerre), le décret du 12 décembre 1806 (dit *de Posen*), art. 2, parle de privilège. — Voy. aussi la loi du 29 décembre 1892, art. 18, al. 1 (droits des propriétaires de terrains occupés ou fouillés pour l'exécution de travaux publics), qui renvoie à la loi du 25 juillet 1891.

2. Voy. H. Solus, *L'action directe et l'interprétation des articles 1753, 1798, 1994 du Code civil*, thèse de doct. Droit, Paris, 1913-*1914*, qui critique l'action directe et propose d'y substituer la notion d'enrichissement sans cause.

3. Voy. aujourd'hui le n° 8, ajouté à l'art. 2102 C. civ. franç. par la loi du 28 mai 1913.

en toutes ces hypothèses, la doctrine a pu parler de privilège [1]. Mais, c'est que la notion de privilège, en tant surtout qu'elle s'applique à des créances, est restée, dans notre droit français moderne, une notion absolument rudimentaire, se réduisant à une préférence consacrée de façon quelconque entre créanciers, sans aucun caractère vraiment spécifique [2]; de sorte qu'ici le concept se réduit à peu près à un mot [3], exprimant cette réalité positive, que le créancier privilégié prime, dans l'ordre de préférence déterminé par la loi elle-même suivant la qualité des créances, les autres créanciers du débiteur ne méritant pas même faveur. Et, au fond, il suffit tout à fait aux besoins pratiques, que semblable réalité apparaisse nettement reconnue : le concept, auquel on la rattache, n'y ajoute rien [4].

En somme, une observation et une expérience, suffisamment amples pour être décisives, nous montrent que, les problèmes juridiques devant se résoudre par des raisons tirées des réalités éthiques ou économiques qui les conditionnent, l'élément purement conceptuel ne saurait intervenir qu'à titre d'expédient, ou comme une sorte de *moyen*

---

1. Voy., par exemple : A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français,* t. II, Paris, 2e éd., 1920, p. 829-833. — Comp. M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil,* 8e éd., t. II, Paris, 1921, nos **2593-2603**, p. 795-797.

2. Etant donné surtout, qu'on refuse généralement — et en dehors d'un texte qui l'admettrait formellement (voy., par exemple, l'art. 2 du décret du 12 décembre 1806) — le droit de suite aux privilèges mobiliers, qui ne proviennent pas d'un nantissement. Voy. notamment : L. Balleydier (*Des privileges sur les créances et de leurs effets*), dans *Revue critique de législation et de jurisprudence,* 1886, nouvelle série, t. XXV, p. 523-536 (nos **20-37**). *Adde :* p. 571-582 (nos **43-57**). — *Contra :* J.-E. Labbé (*Des privilèges spéciaux sur les créances*), dans *Revue critique de législation et de jurisprudence,* 1876, nouvelle série, t. V, p. 578-582 (nos **8-11**); p. 692-694 (nos **46-50**).

3. Encore est-ce un mot équivoque. Voy. ci-après, no **260**.

4. L'idée d'une action directe peut, au contraire, ajouter quelque chose à l'effet du privilège, du moins au point de vue de la compétence. — Cons., à cet égard, Civ. cass., 5 décembre 1899, *Sirey,* 1901. 1. 455, et Civ. rej., 17 juillet 1911, *Sirey,* 15. 1. 145, avec les notes.

de luxe, qui pût, éventuellement, *faciliter* la tâche du jurisconsulte [1].

221. — *b)* Ici, doit intervenir notre seconde considération. Celle-ci tend simplement à rappeler que l'intelligence est, en elle-même, une puissance, qui doit pouvoir développer le droit, chose intelligible [2].

L'organisation juridique, traduisant positivement la nécessité de l'ordre dans la vie sociale, demande une plénitude et une cohérence, qu'un système de concepts fortement liés ne saurait manquer de favoriser. En vertu d'une sorte d'harmonie préétablie entre le réel et le rationnel [3], ce que l'esprit a forgé par abstraction et enchaîné par construction fournit à la conduite humaine un cadre, qui confirme la solidité de fond des préceptes et en prolonge les effets. En ce sens, il est vrai que les idées sont des

---

1. Comp. Fr. Geny, *Des droits sur les lettres missives,* Paris, 1911, t. I, p. 173, texte et note 1 (n° **64**); t. II, p. 419, texte et notes 1-2 (n° **323**). — Aux applications, que j'ai rappelées ici, il serait facile d'en ajouter d'autres, tirées des solutions, toutes pratiques, données, par la jurisprudence, à certains problèmes, souvent étudiés, d'un point de vue trop conceptuel, par la doctrine. Qu'il me suffise, pour couvrir cette affirmation, de signaler l'exposé, strictement réaliste, des questions suscitées par la vente de la chose d'autrui, tel que l'offrent, en suivant les arrêts, Aubry et Rau, *Cours de droit civil français,* § **351**, texte et notes 43-59, 5e éd. Rau, Falcimaigne et Gault, t. V, 1907, p. 47-54, ou encore l'étude pénétrante de L. Balleydier et H. Capitant, *L'assurance sur la vie au profit d'un tiers et la jurisprudence,* dans *Le Code civil. 1804-1904. Livre du Centenaire,* Paris, A. Rousseau, 1904, t. I, p. 517-582. Voy., principalement, p. 529-530.

2. Comp. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif,* I, Paris, 1914, p. 102, texte et note 1 (n° **35**). — On trouvera des développements, extrêmement suggestifs, sur ce caractère intelligible du droit, et sur le rôle qui en résulte pour les concepts, dans W. Arnold, *Cultur und Rechtsleben,* Berlin, 1865, p. 313-335. *Adde :* p. 335-342. Comp. encore : p. 195-237, *passim.*

3. Comp. Fr. Geny (*La conception générale du droit, de ses sources, de sa méthode, dans l'œuvre de Raymond* Saleilles), dans *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles,* Paris, 1914, p. 58 et p. 60 (n° **15**).

forces, qu'elles tendent à se réaliser, qu'elles influent, en quelque mesure, sur les faits. Et si, suivant les vues de la « philosophie nouvelle », l'action doit aider à la connaissance [1], il n'est pas moins certain que, par réciprocité, la connaissance vient accroître le rayonnement de l'action [2]. — Sans doute, on peut objecter que le concept sur lequel repose tout le système des constructions juridiques, est chose essentiellement subjective. Mais il acquiert certaine objectivité par sa coïncidence en plusieurs esprits [3], ou, plus simplement même, par son accessibilité à tous. A vrai dire, d'ailleurs, si un minimum de représentation conceptuelle apparaît nécessaire, pour faire passer dans la vie pratique de l'humanité les règles de fond qui la doivent diriger [4], au delà de ce minimum, les concepts, continuant de servir d'intermédiaires entre les esprits, maintiennent *en puissance* leur faculté d'union, toujours prête à fournir de nouveaux résultats, conformément aux exigences de l'évolution.

En somme, que l'imagination créatrice élabore des constructions, d'où la logique déduira des conséquences susceptibles d'influer sur la vie pratique, il y a là un fait, qui, se reproduisant chez tous les hommes, ne peut être indifférent aux relations sociales. — Et, dans le domaine juridique reposant essentiellement sur des catégories [5], cette procédure intellectuelle précise et affine celles-ci, jusqu'à leur donner une netteté de contours, bien propre à en renforcer le jeu. De fait, les catégories elles-mêmes se

1. Comp. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, I, Paris, 1914, p. 81 (nº **26**) ; p. 86-87 (nº **28**); p. 184-185 (nº **61**); p. 188 (nº **62**).

2. Sur la richesse possible du concept, comp. Denys Cochin, *Descartes*, Paris, 1913, p. 244-248.

3. Comp. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, I, Paris, 1914, p. 74 (nº **24**); p. 128 et p. 129-130 (nº **44**).

4. Voy. ci-dessus, p. 194-195 (nº **218**).

5. Voy. ci-dessus, chapitre cinquième (XIX), nºs **207-213**, p. 123-174; notamment, p. 166-167 et p. 174 (nº **213**).

dégagent des efforts de l'esprit en vue de dominer le réel. Rien d'étonnant à ce que, montés à leur paroxysme dans le jeu des concepts et des constructions, ces efforts aboutissent à forcer le rendement du procédé. — Ajoutons encore que le raffinement conceptuel, multipliant et assouplissant les idées, facilite l'œuvre de la logique, qui reste la meilleure garantie d'une sûre application du droit [1].

222. — Grâce aux observations qui précèdent, notre problème s'est, je crois, éclairci et simplifié. Nous pouvons, maintenant, l'énoncer ainsi : Dans les cas où l'emploi des concepts et constructions de l'esprit, non indispensable à la constitution des règles juridiques, se présente comme un moyen de féconder ces règles ou de les mettre en plus complète valeur, l'intérêt technique ne suffit-il pas à le justifier? A quelles conditions et sous quelles réserves?

A la question, ainsi posée, la réponse ne peut plus être douteuse. Du moment que le procédé envisagé réalise certains des *desiderata* que nous avons trouvés contenus dans la notion de la technique du droit [2], et notamment en tant qu'il assure une plus pleine détermination de l'organisation juridique, qu'il facilite le jeu de ses règles, leur donne plus de cohérence logique et en affermit les résultats, non sans y ajouter parfois une économie d'efforts, nous ne saurions hésiter à l'utiliser, pour en tirer tout le rendement qu'il comporte [3].

---

1. Voy. ci-dessus, p. 189-190 (n° **217**), avec les références. — Rappr. E. Bartin (à propos d'une formule conceptuelle, proposée par lui pour caractériser la condition juridique des biens dotaux de la femme sous le régime dotal), sur Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, 5e éd., t. VIII, Paris, 1916, note 2 *octies* : « ...On ne peut cependant considérer les résultats comme réellement acquis qu'autant que leur enchaînement logique les rend solidaires les uns des autres, et cet enchaînement, c'est le principe du système qui peut seul en assurer la force. »

2. Voy. ci-dessus, n° **189**, p. 36-39.

3. Comp. N.-M. Korkounov, *Cours de théorie générale du droit*, trad. Tchernoff, Paris, Giard et Brière, 1903, § **64**, p. 532-542.

En revanche, il est vrai, nous rencontrons également ici les dangers inhérents à tous procédés artificiels [1]. Ils apparaissent même aggravés, dans un système tout en constructions d'esprit, qui, livrées aux fantaisies de l'imagination créatrice, prétendent influer sur la vie par des moyens de plus en plus éloignés d'elle. Ne risque-t-on pas, en s'y laissant entraîner, d'aboutir à des conséquences « en l'air », sans aucun contact avec les faits? — Le remède à ce péril trop certain ne peut consister qu'en un usage modéré des concepts. Et, la limite à leur emploi, suggérée par leur rapprochement avec les réalités, dépend tout à fait de la volonté des juristes, dès lors que nous sommes dans le domaine de la technique, où l'artifice reste libre sous le seul contrôle des résultats pratiques [2].

Au total, et sous les réserves qu'impose sa nature spécifique, la construction par concepts, accentuant la cohérence de l'organisme juridique, peut, même en vue du développement du droit positif [3], fournir quelques conclusions utiles. En raison de son caractère schématique, la valeur des résultats, qu'elle donnerait, dépendra, en bonne partie, de leur généralité. Ainsi, l'on peut entrevoir, *a priori*, que les constructions juridiques, suscitées par des théories de large envergure, auront une fermeté mieux assurée que celles appliquées à des questions particulières, où les faits demandent à être serrés de très près. Et, cette progression s'harmonise aisément avec l'idée pro-

---

1. Voy. ci-dessus, n° **190**, p. 39-42.

2. Comp. ci-dessus, n° **191**, p. 42-44. — *Adde :* L. Brütt, *Die Kunst der Rechtsanwendung*, Berlin, J. Guttentag, 1907, p. 37-38 (§ **3**). Comp. p. 98 (§ **5**). Mais voy., encore plus loin, p. 161 (§ **10**), où il signale une limite à l'*individualisme* de l'interprète en la matière. Il montre, d'ailleurs, (p. 162-163 [§ **10**]), comment la construction, se combinant avec la téléologie, concourt à un développement, plus précis et plus régulier, du Droit.

3. Comp. ci-dessus, n° **219**, p. 196-197.

fonde d'analogie, d'autant plus efficace qu'elle repose sur des bases plus amplement établies [1].

Dans la même mesure, et avec les mêmes précautions, le mécanisme des conceptions permettra de renforcer le système des catégories, envisagé comme élément essentiel de la technique juridique [2].

Enfin, étant données les raisons qui justifient, à nos yeux, dans le domaine technique, les concepts et constructions, il nous paraît certain que, si ce procédé doit surtout profiter à l'interprétation doctrinale du droit, il ne saurait être absolument refusé à l'interprétation judiciaire, dans la motivation de ses solutions concrètes. Bien plus, on peut admettre que le législateur use lui-même du procédé, toutes les fois que celui-ci lui permettrait de donner à ses volontés une forme abstraite et schématique, qui lui parût devoir en accentuer la portée [3].

223. — Resterait, — pour compléter ces directions théoriques encore un peu vagues, — à esquisser les lois, auxquelles doit satisfaire la construction juridique par concepts, pour rester fidèle à son modeste rôle et remplir, au mieux, sa mission technique. — Ces lois ont été analysées d'assez près par R. von Jhering dans son *Esprit du droit romain* [4]. Et, bien que je n'aie pu accepter d'un bloc la notion de construction juridique, qui nous est présentée

---

1. Comp. ci-dessus, p. 190, texte et note 3 (nº **217**), avec les références de la note.

2. Voy. ci-dessus, nºs **207-213**, p. 123-174, notamment p. 174 (nº **213**).

3. Il semble qu'on puisse voir un emploi, de ce genre, dans la disposition de l'article 108, alinéa 1, de notre loi municipale, modifié par la loi du 16 avril 1914 (art. 1er), qui fait contribuer l'État à la responsabilité des communes « en vertu du *risque social* ». — Comp. ci-dessus, p. 194, texte et note 1 (nº **218**).

4. R. von Jhering, *Geist des römischen Rechts*, 4 A., II, ii, t. III, Leipzig, 1883, p. 371-382 (§ **41**). *Esprit du droit romain*, trad. de Meulenaere, 3e éd., t. III, Paris, 1887, p. 63-73 (§ **46**).

là[1], étrangement subtile, vainement compliquée de métaphores plus dangereuses que claires, lourdement prétentieuse, et, au total, difficilement saisissable[2], il reste permis d'utiliser les indications, plus naturelles et plus limpides, par lesquelles le maître a tenté simplement de redresser le travail de la pensée sur le Droit. Au surplus, les lois, que nous pouvons trouver ici, découlent des précisions antérieures[3], et l'examen le plus ingénu des choses suffit à les justifier. — J'en distinguerai deux classes. Les unes paraissent tellement essentielles, qu'à leur défaut, la construction par concepts manque totalement son but et doit disparaître plutôt que de fonctionner aussi gravement déformée. Les autres ont un caractère complémentaire et n'indiquent qu'un idéal à poursuivre. Elles tendent simplement à affiner une procédure, d'ailleurs utile en elle-même. Aussi, n'expriment-elles que des *desiderata,* dont on doit chercher à se rapprocher, sans prétendre les réaliser jamais en perfection.

Les lois *essentielles* d'une construction juridique, qui veut suffire strictement à son but, du seul point de vue technique, me paraissent pouvoir s'énoncer ainsi : 1° Les concepts, qui la forment, doivent s'adapter exactement aux réalités positives du droit vivant. Il faut que la construction couvre toutes les règles qui s'y rapportent, de

---

1. R. von Jhering, *Geist des römischen Rechts,* 4 A., II, II, t. III, Leipzig, 1883, p. 357-371, p. 382-389 (§ **41**). *Esprit du droit romain,* trad. de Meulenaere, 3e éd., t. III, Paris, 1887, p. 50-62, p. 73-80 (§ **46**).

2. D'ailleurs, les œuvres plus récentes (ou, du moins, remaniées et complétées) de R. von Jhering présentent une notion de la construction juridique, qui se rapproche bien plus de la nôtre. — Voy. notamment : R. von Jhering, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz,* 3 A. Leipzig, 1885, p. 6-34, p. 245-365. *Satires et vérités,* trad. de Meulenaere, Paris, 1920, p. 74-97, p. 309-406. — *Der Besitzwille,* zugleich eine Kritik der herrschenden juristischen Methode, Jena, 1889. *Du rôle de la volonté dans la possession.* Critique de la méthode juridique régnante, Paris, 1891, *passim.*

3. Voy. ci-dessus, nos **218-222**, p. 191-208.

telle sorte qu'il y ait correspondance complète entre les solutions données en fait et le vêtement conceptuel dont on les affuble. Autrement, le procédé fait banqueroute à sa mission : il devient faux et pernicieux; — 2° La construction doit être homogène et cohérente. Ce qui implique, non seulement que ses diverses parties s'harmonisent entre elles, mais que l'ensemble s'en accorde avec les conceptions et constructions voisines. Le principe de non-contradiction s'impose tout à fait dans le domaine conceptuel. Si on l'abandonne, il vaut mieux renoncer à une armature gênante, qui a perdu, par là même, toute sa puissance active et sa valeur; — 3° Même pourvue des qualités précédentes, qui se rattachent à sa structure intrinsèque, la construction juridique ne peut jouer son rôle propre et donner des résultats utiles, que si elle correspond, en quelque mesure, aux besoins et intérêts pratiques, qui demeurent le fonds substantiel du Droit. Cette qualité extrinsèque, reliant le moyen au but, se montre indispensable pour le jeu efficace de tout procédé technique. Et, si elle paraît malaisément concevable ici par l'opposition de l'idée à la réalité, du moins pouvons-nous justifier son exigence, en considérant que l'élément intellectuel est inclus, comme par une nécessité foncière, dans la nature sociologique du Droit[1].

Pour le surplus, la construction par concepts, supposée conforme aux lois essentielles qui en conditionnent l'efficacité, contribuera au progrès du droit positif, d'une façon d'autant plus sûre, qu'elle se moulera plus fidèlement sur les réalités à régir, qu'elle sera claire dans son énoncé, transparente dans ses conséquences, et, par-dessus tout,

---

1. Comp. Fr. Geny (*La conception générale du droit, de ses sources, de sa méthode dans l'œuvre de Raymond* Saleilles), dans *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles,* Paris, 1914, p. 58, texte et note 1 et p. 60, *initio* (n° **15**). — *Adde :* N.-M. Korkounov, *Cours de théorie générale du droit,* trad. Tchernoff, Paris, Giard et Brière, 1903, p. 541 (§ **64**).

conforme à ce principe de simplicité, qui, réalisant une véritable économie de pensée et d'action, « tend à produire en nous un sentiment de certitude »[1].

Il y a lieu de poursuivre, dans le sens de ces *desiderata*, un affinement incessant de la construction juridique. Les concepts, qui la constituent, sont essentiellement muables et souples[2]. Leur valeur vraie ne se peut mesurer qu'à la perfection relative de leur effet[3]. Et l'on doit, sans hésiter, les multiplier, les changer ou les infléchir, pour les mieux adapter aux faits[4]. Souvent même, quand une situation nouvelle aura surgi, et s'il paraît utile de mettre en cause, pour la régir, notre procédure d'analyse abstractive, il sera mieux de recourir franchement à une construction nouvelle, plutôt que de faire éclater, par un emploi abusif, des moules intellectuels, qui en épouseraient mal les contours effectifs[5].

---

1. É. Picard (*L'histoire des sciences et les prétentions de la science allemande*), dans *Revue des Deux-Mondes*, n° du 1er juillet 1915, sixième période, t. XXVIII, p. 70.

2. Sur la faculté, pour le jurisconsulte, de conformer les concepts juridiques au but poursuivi, cons. (à propos du concept de l'acte juridique [Rechtsgeschäft]) : B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9e A. Th. Kipp, Frankfurt a M., 1906, § **69**, note 1, t. I, p. 310-311.

3. Comp. R. Müller-Erzbach, *Die Relativität der Begriffe und ihre Begrenzung durch den Zweck des Gesetzes* (zur Beleuchtung der Begriffsjurisprudenz), dans *Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, 1912, t. LXI, p. 343-384 ; étude qui montre, en de nombreux exemples, la variabilité des concepts juridiques et cherche à la justifier, comme une contribution nécessaire au progrès du droit.

4. Comp. Fr. Gény, *Des droits sur les lettres missives*, Paris, 1911, t. I, p. 303, *in fine* (n° **116**) ; p. 315, texte et note 2 (n° **121**) ; p. 331 (n° **130**) ; t. II, p. 422-423 (n° **325**).

5. Sur tout cela, comp. : R. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, 1911, 2e partie, I, chap. VI, Mécanismes techniques, p. 252-267. — Et, pour la variabilité de certains concepts juridiques, cons. O. Gierke, *Deutsches Privatrecht*, t. I, Leipzig, 1895, p. 259-260 (§ **29**, I, *in fine*). — Voy. aussi, sur le rôle des concepts et de la construction juridique : J. Kohler (*Die Idee des geistigen Eigenthums*), dans *Archiv für die civilistische Praxis*, t. LXXXII, 1894.

III

224. — Je voudrais maintenant faire l'épreuve des idées théoriques, qui viennent d'être esquissées, sur certains concepts, — donnant lieu à des constructions juridiques, amplement connues de tout jurisconsulte, — que je choisis un peu au hasard de mes souvenirs, en commençant par les plus généraux, pour descendre ensuite, à travers des applications moyennes, jusqu'à des cas très particuliers[1].

Prenons, d'abord, le concept de *sujet de droit,* qui forme l'élément capital de la construction du *droit subjectif,* et auquel se lie étroitement l'importante théorie de la *personnalité juridique*[2].

On sait avec quelle énergie, tenace et concentrée, ces thèmes capitaux, — qui dominent tout le droit, tant public que privé, parce qu'ils en constituent la substance fondamentale, bien plus directement, à mon avis, que les notions relatives au *droit objectif,* — ont été remués, en tous sens, depuis près d'un siècle, par la science allemande, et, plus récemment, par les jurisconsultes français ou italiens. Si les discussions, ainsi délibérément poursuivies, ont assurément projeté quelque lumière sur certains points, d'ailleurs notables, de l'institution de la *personnalité morale*[3], on doit

---

p. 144-147, p. 150-166. — On trouvera, également, un essai intéressant de création de nouveaux concepts, mieux adaptés que les anciens aux circonstances sociologiques et économiques du monde moderne, dans G. Morin (*L'individualisme de la Révolution française et du Code civil et la structure nouvelle de la vie économique.* — II. L'insuffisance de la technique individualiste du Code civil et la nécessité de nouvelles formules juridiques), dans *Revue de métaphysique et de morale,* 1917, t. XXIV, p. 558-566, notamment : § **1.** Contrat et règlement (p. 562-563) ; § **2.** Contrat et organisme (p. 563-566).

1. Rappr. ce qui a été dit plus haut, p. 193 (n° **218**).

2. Voy. déjà là-dessus : Fr. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif,* Paris, 1899 ; 2e éd., 1919, n° **65**. Rappr. *ibid.*, n° **70**. — Comp. Fr. Geny, *Des droits sur les lettres missives,* Paris, 1911, t. I, p. 174-175 (n° **65**).

3. Grâce surtout, il faut le dire hautement, à l'ouvrage magistral

convenir que le nœud essentiel du problème général, qui tient au *sujet de droit* et à la notion de *droit subjectif*, s'est de plus en plus embrouillé; à tel point, que les récentes études, publiées là-dessus, donnent l'impression d'un chaos d'idées extrêmement pénible et profondément décourageant[1].

Toutefois, un débat suprême semble aujourd'hui planer sur toutes ces questions : celui, qu'ont violemment soulevé les beaux et hardis travaux de L. DUGUIT. Il s'agirait, avant tout, à l'heure présente, de savoir si la notion de sujet de droit a un sens quelconque, si elle ne devrait pas pure-

---

de L. MICHOUD, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français,* Paris, 1906 et 1909, qui s'élève, comme un phare lumineux, au milieu des brouillards, dont la matière reste enveloppée.

1. Pour éprouver cette appréciation, qu'on sera peut-être tenté de trouver présomptueuse et injuste, je prierais seulement qu'on voulût bien lire et comparer, parmi les travaux français sortis en ces dernières années de plumes autorisées : L. DUGUIT, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive,* Paris, 1901, chap. III, p. 138-226. — M[is] DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Les personnes morales,* Paris, 1902; 2e tirage en 1919. — R. BRUGEILLES (*Le droit et l'obligation ou le rapport juridique*), dans *Revue trimestrielle de droit civil,* 1909, t. VIII, p. 301-306. Comp. p. 309-312. — M. HAURIOU, *Principes de droit public,* Paris, 1910, chap. XIV, p. 639-693. Comp. chap. III, p. 123-175; 2e éd., 1916, première partie, chap. II, La question de la personnification, p. 41-302. — R. SALEILLES, *De la personnalité juridique,* Paris, 1911, vingt-deuxième leçon, p. 534-565. Comp. vingt-troisième et vingt-quatrième leçons, p. 566-625. — L. MICHOUD, *La personnalité et les droits subjectifs de l'Etat dans la doctrine française contemporaine,* dans *Festschrift Otto Gierke,* Weimar, H. Böhlau, 1910, p. 493-524. — R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé,* Paris, 1911, deuxième partie, II, chap. II, p. 320-382. La notion de sujet de droit; travail publié déjà dans *Revue trimestrielle de droit civil,* 1909, t. VIII, p. 611-655. — M. NAST, *Le problème de la personnalité juridique,* dans *Revue critique de législation et de jurisprudence,* 1911, nouvelle série, t. XL, p. 534-559, surtout p. 546-552 et p. 555-559. — E. BOUVIER, *La personnalité morale d'après M. Michoud,* dans *Revue critique de législation et de jurisprudence,* 1911, nouvelle série, t. XL, p. 559-572, surtout p. 561-564 et p. 571. — G. RICHARD, *La sociologie et la défense du droit subjectif,* dans *Revue philosophique,* 1912-1°, t. LXXIII, p. 225-247. — G. DAVY, *L'idéalisme et les conceptions réalistes du droit,* dans *Revue philosophique,* 1920-1°, t. 89, p. 365-380, p. 383-384.

ment et simplement disparaître, entraînant nécessairement, dans sa ruine, et le droit subjectif et la personnalité morale elle-même. Telle est la position, franchement destructive, que nous voyons prise par L. Duguit et acceptée par ses fidèles[1]. En deux mots — et sans reprendre les développements qui ont été amplement fournis plus haut[2], — L. Duguit, partant de la solidarité sociale, qui, par l'intermédiaire des règles de droit (constituant le droit objectif), n'engendre directement que des devoirs objectifs, admet simplement, comme contre-partie nécessaire de ceux-ci, des pouvoirs également objectifs, bien différents des prétendus droits naturels qui tiendraient à « l'éminente dignité de la personne humaine ». Sur le fondement de ces pouvoirs objectifs, se produisent des actes de volonté, d'où résultent des situations juridiques subjectives. Si ces dernières contiennent les principaux éléments de ce qu'on désigne habituellement sous le nom de droit subjectif, du moins excluent-elles l'idée d'un rapport nécessaire entre deux sujets. Ce qui les fait subjectives, c'est simplement qu'elles sont créées par l'acte volontaire d'un sujet déterminé. En tout cas, cette construction rend inutile et montre même dépourvue de toute signification acceptable la notion de sujet de droit. Par suite, elle écarte comme également vaine la personnalité morale, qui n'est même pas nécessaire pour soutenir le fait purement concret de l'État. Bref, ces entités métaphysiques, que l'on dénomme couramment « droits subjectifs naturels, ... sujets de droit, ... personnes morales », doivent succomber tout à

1. Voy., par exemple : G. Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*, 2e éd., Paris, 1914, *passim*, notamment : p. 16-18. Comp. 1re éd., Paris et Nancy, 1904, p. 8, note 1, p. 9-21. — (Compte rendu de L. Duguit, *Les transformations générales du droit privé*), dans *Revue du droit public*, 1912, t. XXIX, p. 810-814. — J. Laferrière (sur Demogue, *Notions fondamentales du droit privé*), dans *Revue du droit public*, 1911, t. XXVIII, p. 802-807.

2. Voy. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, II, Paris, 1915, chapitre septième (XII), nos **115-133**, p. 191-272.

fait devant la conception, réaliste et socialiste, qui est à la base du nouveau système [1]. — Contre des conclusions aussi subversives, qui semblent démolir d'un coup toute la charpente de notre organisation juridique traditionnelle, de vives protestations ont été élevées [2]. Et, quant au point qui nous occupe, la formule la plus énergique en a peut-être été présentée par R. SALEILLES [3]. D'après lui, le système de DUGUIT, sous ses fallacieux prétextes de positivisme ou de solidarisme, conduit à l'anéantissement du droit de l'individu, remplacé par la fonction sociale; et son grand danger serait, en sacrifiant le sens intime et personnel de la justice, de nous mettre à la merci d'un prétendu idéal de solidarité, qui ne dépendit, en réalité, que d'une volonté d'État ou d'une interprétation toute doctrinaire.

---

1. Voy., pour le développement de cet exposé : Fr. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, II, Paris, 1915, p. 214-217 (n° **123**); p. 229 (n° **126**); p. 236-238 (n° **127**), avec les nombreuses références, parmi lesquelles je me borne à relever ici : L. DUGUIT, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Paris, 1901, chap. III, §§ I-VI, p. 138-212. — *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat*, 2e éd., Paris, 1911, p. 4-5, p. 10-23 (première conférence). — *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, 1911, p. 9-22 (première conférence); p. 55-81 (troisième conférence); p. 103-113 (quatrième conférence); et appendice I, p. 179-184. — *Adde :* L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 2e éd., t. I, Paris, 1921, p. 9-10 (§ **2**); chapitre IV, Le sujet de droit, §§ **37**-**43**, p. 318-392; p. 465-474 (§ **54**); p. 495-497 (§ **56**).

2. Voy., notamment, — du côté des juristes : M. HAURIOU et A. MESTRE (compte rendu de L. DUGUIT, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*), dans *Revue du droit public et de la science politique*, 1902-1°, t. XVII, p. 346-366. — A. ESMEIN, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, 6e éd. J. BARTHÉLEMY, Paris, 1914, p. 37-45, 7e éd. NÉZARD, 1921, p. 40-60; — et, du côté des philosophes : G. RICHARD, *La sociologie juridique et la défense du droit subjectif*, dans *Revue philosophique*, 1912-1°, t. LXXIII, p. 225-247. — Comp. G. DAVY (*L'idéalisme et les conceptions réalistes du droit*), dans *Revue philosophique*, 1920-1°, t. 89, p. 245-248, p. 250-253, p. 258, p. 259, p. 273-279, p. 349, p. 365-366.

3. Voy. notamment : R. SALEILLES (*L'origine du droit et du devoir*), dans *Revue Montalembert*, 1908-1909, p. 256-259. *Adde :* p. 260-262. — *De la personnalité juridique*, Paris, 1910, p. 545-557.

— Cette critique, qu'expliquent assez les plus récentes affirmations (syndicalistes) de L. Duguit [1] et la déviation presque fatale de son solidarisme au socialisme [2], ne va pas sans excéder les conséquences effectives de sa doctrine [3]. Surtout, elle a le tort, se cantonnant dans un procès de tendance, de ne pas s'attaquer directement à une analyse ingénieuse et à un enchaînement de déductions, qui — si l'on accepte le postulat plus que téméraire de la solidarité érigée en principe directeur de conduite sociale [4] — exercent assurément une grande force de séduction sur les esprits. — Pourtant, les conclusions de L. Duguit sont loin d'être pleinement convaincantes [5], en dépit de cette forme logique et verbale, qui ne fait que déguiser leur infirmité, et qui même, à vrai dire, la déguise mal. Car la « situation juridique subjective » de notre auteur représente, de son propre aveu [6], certain aspect du

---

1. Voy. surtout : L. Duguit, *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat,* 2e éd., Paris, 1911.

2. Voy. surtout : L. Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon,* Paris, 1912, p. 8-9, p. 24, p. 25, p. 105, p. 148, p. 160.

3. Voy., notamment, les développements présentés par Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif,* II, Paris, 1915, p. 207-209, p. 210-211 (n° **12**), avec les références. — La critique formulée par L. Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français,* t. I, Paris, 1906, p. 43-44 (n° **19**), contre la notion de droit sans sujet, me paraît plus sérieuse. Elle part, d'ailleurs, de ce point de vue, accepté, *a priori,* par l'auteur (t. I, p. 13-15 [n° **5**]), que la technique influe nécessairement sur les solutions juridiques de fond.

4. Comp. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif,* II, Paris, 1915, p. 262-263 (n° **132**).

5. Comp. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif,* II, Paris, 1915, nos **131-133**, p. 253-272.

6. Voy. notamment : L. Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive,* Paris, 1901, p. 161. Comp. *ibid.,* p. 174-183. — *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon,* Paris, 1912, p. 103-110. — Voy. encore : L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel,* Paris, 1911, t. I, n° **1**, p. 1-7, et n° **7**, p. 7-22. Rappr. 2e éd., t. I, Paris, 1921, §§ **1-6**, p. 1-36, et § **32**, p. 252-268, *passim.*

« droit subjectif » de la théorie classique ; et son « pouvoir objectif » en traduit une autre face. Le concept essentiel, qu'on prétendait bannir, se retrouve donc ici sous des noms différents. Or, il est clair que le maintien du « droit subjectif » nous ramènerait nécessairement le « sujet de droit », lequel, à son tour, ouvrirait la porte, du moins à titre de possibilité, au concept de « personnalité morale ».

Mais, quoi qu'on pense de toutes ces discussions, il faut dire que, même dans la forme saillante et aiguë, que la thèse de L. Duguit a paru leur donner, elles laissent manifestement obscure la position même du problème. A les suivre, d'aussi près qu'il soit possible, on ne saisit pas exactement ce que veulent de très différent les tenants des opinions qui s'opposent ; et il en résulte pour l'esprit un véritable malaise[1]. — Or, la raison profonde de si pénibles malentendus tient, suivant moi, à ce que nos auteurs ne se sont pas astreints à séparer, comme il l'eût fallu, le point de vue du fond des choses et celui de la seule technique. Certains, sans doute, ont soupçonné que le concept du *sujet de droit*, avec ceux qui s'y rattachent, *droit subjectif*, *personnalité morale*, ressortissaient du domaine technique[2]. L. Duguit s'en est mal rendu compte, en raison même de l'étroitesse de ses vues sur la technique[3]. R. Saleilles, plus

---

1. Comp. Fr. Geny (*La conception générale du droit, de ses sources, de sa méthode, dans l'œuvre de Raymond* Saleilles), dans *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles,* Paris, 1914, p. 32 (n° **8**, *in fine*), où se trouve annoncée l'idée, que je développe ici. — Voy. aussi : Fr. Geny, *Des droits sur les lettres missives,* Paris, 1911, t. I, p. 174-175 (n° **65**).

2. Voy., par exemple : M[is] de Vareilles-Sommières, qui exagère, en ne voulant voir, dans la personnalité morale, qu'une pure conception *doctrinale* (*Les personnes morales,* Paris, 1902, *passim,* notamment p. 147-148 [n[os] **320-321**]), sans aucun effet pratique, n'ayant qu'une utilité d'ordre artistique ou pédagogique ; *ibid,* n[os] **480-499**, p. 224-238. — Comp. M. Hauriou, *Principes de droit public,* 2[e] éd., Paris, 1916, p. 60-108, *passim.*

3. Voy. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, II, Paris, 1915, p. 198, texte et note 1 (n° **117**) ; p. 214-216 (n° **123**) ; p. 229 (n° **126**) ; et surtout p. 239-240 (n° **128**).

pénétrant sous ce dernier rapport[1], a eu, du moins, l'*intention* de maintenir notre problème sur son véritable terrain[2]. Nous dirions que L. Michoud y est arrivé tout à fait, s'il ne s'était pas borné à supposer connue une notion de technique, qu'il ne nous a pas nettement définie[3]. R. Demogue reconnait tout aussi explicitement l'aspect, purement technique, de la question du sujet de droit[4]. Mais, parti d'une conception mal déterminée et extrêmement floue de la technique juridique[5], il déclare qu'« il n'est pas facile, peut-être même pas possible, d'établir une cloison étanche entre le fond du droit et la technique »[6], et, rassuré par cet aveu, il se laisse aller à des confusions, qui gâtent inévitablement son exposé.

Je crois nécessaire, quant à moi, de reprendre ici l'effort tenu trop témérairement pour vain; et, serrant au plus près la notion de technique, que j'ai proposée naguère[7], je voudrais montrer que les concepts de sujet de droit, de droit subjectif, de personnalité morale, n'ont de valeur qu'en tant que moyens artificiels de l'élaboration juridique et que, cantonnés dans ce domaine, ils peuvent rendre

---

1. Voy. Fr. Geny (*La conception générale du droit, de ses sources, de sa méthode, dans l'œuvre de Raymond* Saleilles), dans *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles*, Paris, 1914, n° **9,** p. 32-35, et n° **15,** p. 55-60.

2. Voy. notamment : R. Saleilles, *De la personnalité juridique,* Paris, 1910, vingt-deuxième, vingt-troisième et vingt-quatrième leçons, p. 536-625.

3. Voy. notamment : L. Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français,* t. I, Paris, 1906, n^os^ **3-5,** p. 8-15; n^os^ **21-23,** p. 46-53; p. 69 (n° **31**); p. 93-95 (n° **43**); p. 98 (n° **44**); p. 109, note 1 (n° **50**); n^os^ **51-55,** p. 110-123; p. 316-317 (n° **120**).

4. R. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé,* Paris, 1911, deuxième partie, II, chap. II, p. 320-382. Comp. I, chap. VI, p. 252-267.

5. Voy. ci-dessus, p. 14-15 (n° **181**).

6. R. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé,* Paris, 1911, p. 335.

7. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif,* II, Paris, n^os^ **182-184,** p. 16-26.

de véritables services. Pour abréger, je me contente d'exposer, à ce sujet, mes idées propres, sauf à signaler comment elles concordent parfois avec des vues différemment présentées ou permettent de dissiper certaines équivoques des opinions divergentes, parmi lesquelles, obligé de me limiter, je ne retiens que celles de quelques jurisconsultes français.

J'observe, d'abord, que le concept de « sujet de droit » se situe dans une notion plus large, et plus vague, qui apparaît élément primordial de toute organisation juridique, la notion du « rapport de droit »[1]. En effet, toute situation, consacrée par le droit objectif, se représente à l'esprit comme un rapport entre les hommes, en vertu duquel l'un est fondé à exercer certain pouvoir respectivement aux autres, parfois respectivement à tel autre en particulier. Ce qui nous donne à l'analyse : deux termes (ou titulaires) du rapport, son contenu ou son objet, pourvu de la sanction qui le caractérise comme rapport de droit, son titre ou sa cause[2]. — Nous avons bien ici une représentation de l'esprit, résultant d'un effort d'abstraction, ou, si l'on veut même, un concept, mais tellement nécessaire pour traduire les réalités, qu'il se confond presque avec elles et ne peut passer pour un élément artificiel, pour un pur concept de la technique[3]. Aussi bien, la notion du

1. Pour un aperçu de l'importance des « rapports de droit », dans l'ensemble de l'organisation juridique, on pourra lire : H. CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil. Notions générales*, 3e éd., Paris, 1912, p. IX-XX (Introduction). — Sur la nécessité de la notion du « rapport de droit », voy. L. MICHOUD (*La personnalité et les droits subjectifs de l'Etat dans la doctrine française contemporaine*), dans *Festschrift Otto Gierke*, Weimar, H. Böhlau, 1910, p. 517-518. — *Adde :* R. BRUGEILLES, *Le droit et l'obligation ou le rapport juridique*, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1909, t. VIII, p. 293-325. — Voy. aussi : N.-M. KORKOUNOV, *Cours de théorie générale du droit*, trad. TCHERNOFF, Paris, Giard et Brière, 1903, § **27**, p. 211-218. Comp. §§ **28-30**, p. 218-243 ; et encore, p. 533, p. 540, p. 541 (§ **64**).

2. Comp. V. CATHREIN, *Moralphilosophie*, Freiburg-i-B., 4 A., 1904, t. I, p. 549.

3. Comp. ci-dessus, p. 195 (n° **218**, *in fine*).

« rapport de droit » n'a-t-elle pas suscité grands débats. Et, si L. Duguit a prétendu l'écarter[1], c'est par un effet de cette horreur, instinctive et irraisonnée, de la métaphysique, qui lui fait comprendre et condamner, dans celle-ci, les simples résultats de toute représentation conceptuelle[2].

Mais l'esprit ne se contente pas de cette représentation, quelque peu confuse et trop concrète encore, du « rapport de droit ». Il veut approfondir la nature intime de ce rapport. Sans peine, il y découvre un pouvoir profitant à l'un et grevant l'autre (ou les autres). Ainsi surgissent les concepts du *sujet actif*, investi de ce pouvoir, du *sujet passif*, qui en subit la charge. Le pouvoir, contenu dans le rapport de droit, revêt donc l'aspect d'un *droit subjectif*, c'est-à-dire d'une faculté ayant pour support nécessaire, tant activement que passivement, le *sujet de droit* ou *personne juridique*. — Dès lors, il s'agira de savoir qui peut être sujet de droit. Au premier rang, évidemment, les êtres humains, puisque le droit est tout entier constitué pour eux[3], et sauf à discuter si cette qualité de sujet doit être reconnue à tous les hommes, comme tels (esclaves, étrangers), si les incapables (fous, enfants) en sont pleinement investis, et dans quelles limites de temps se contient, sous ce rapport, la personnalité (personnes futures, enfants conçus, défunts). D'autre part, il pourra paraître que d'autres entités, que les individus humains, associations, corporations, fondations, méritent d'être comptées aussi parmi les sujets de droit. Et, à côté des personnes physiques, on envisagera la reconnaissance de personnes purement

---

1. Voy. notamment : L. Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive,* Paris, 1901, p. 179-180, p. 212. — Comp. M. Hauriou, *Principes de droit public,* Paris, 1910, p. 167, p. 170, p. 560, note 1 ; 2e éd., 1916, p. xx (introduction), et p. 256-259.

2. Voy. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif,* II, Paris, 1915, p. 197 et p. 198, texte et note 1 (n° **117**).

3. Voy. Hermogenianus, Dig., I, 5, *De statu hominum,* fr. 2 : « Cum igitur hominum causa omne jus constitutum sit... » — Comp. Inst. I, 2, *De jure naturali et gentium et civili,* § 12.

juridiques ou personnes morales. Ainsi apparaissent, dans leur formation successive pour l'esprit, les notions, intimement enchaînées, de sujet de droit, droit subjectif, personne morale.

Or, je dis que ces notions sont l'œuvre propre de l'esprit, constituent donc, en quelque mesure, un artifice humain, et doivent, par suite, rester cantonnées au domaine de la technique. De fait, les concepts de sujet de droit, de droit subjectif, de personne morale, ne se rencontrent pas directement dans la nature des choses, et ne sont même pas indispensables pour traduire les réalités de la vie juridique [1]. A cet égard, on peut être d'accord avec L. Duguit [2]. Non pas, assurément, en ce sens, qu'il s'agirait de notions métaphysiques, à bannir, comme telles, du champ de la science positive [3]. Mais elles sont le résultat de l'abstraction s'appliquant à réduire la complexité des phénomènes [4]; et l'abstraction reste œuvre humaine qui peut

1. Nous pouvons observer que certaines lois récentes reconnaissent des droits aux « groupements » de fait ou de droit, même non revêtus de la personnalité morale. — Voy. notamment : loi du 7 janvier 1918 portant création d'un service de comptes courants et de chèques postaux, art. 3; et, sur ce texte, L. Rolland, dans *Revue de science et législation financière*, 1918, t. XVI, p. 22-24. — *Adde :* loi du 27 juillet 1917, instituant des pupilles de la nation, art. 11, n° 3, *c;* art. 18, n° 3; art. 26, al. 1-3. — Loi du 25 mars 1919, sur les conventions collectives de travail : art. 31, 31 *b,* 31 *f,* 31 *j-n,* 31 *s-v* (livre Ier, titre II du Code du Travail et de la Prévoyance sociale); et, sur le mot « groupements » employé par ces textes : A. Nast, dans *Annuaire de législation française*, 1920, p. 90-91; R. Morel, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1919, t. XVIII, p. 431-432, p. 433-437, p. 440-447, p. 464-467. — N'y a-t-il pas là comme un aveu législatif de l'insuffisance de la théorie de la personnalité juridique? Or, une théorie insuffisante est bien près d'être tenue pour inutile.

2. Voy. notamment : L. Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris, 1901, p. 155-160, p. 174-183.

3. Voy. notamment : L. Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, 1912, Appendice I, p. 179-184.

4. Sur l'importance du procédé psychologique de l'abstraction,

opérer de mille façons au regard d'une matière donnée.

Aussi, la suppression hypothétique du sujet de droit, du droit subjectif, de la personnalité morale, telle que la propose L. Duguit, ne saurait-elle influer directement sur l'attribution des pouvoirs reconnus par le droit objectif, non plus que sur la détermination de ceux qui en profitent et dont l'intérêt en fixe le contenu[1]. A cet égard, L. Duguit, comme R. Saleilles, ont eu tort, à mon sens, de subordonner le fond du droit aux conceptions d'ordre technique[2]. — C'est uniquement au point de vue scientifique, en considérant la justice et l'utilité sociale, qu'on doit décider, par exemple, si les avantages juridiques, conférés par le droit objectif, sont dus à « l'éminente dignité de la personne humaine », ou s'ils doivent reposer sur la seule solidarité sociale, quelles facultés ils comprennent et quelles limites s'y imposent, s'ils doivent être réservés aux individus ou admis au profit de buts collectifs, etc... Et, c'est sur les solutions données à ces questions, suivant des principes supérieurs, que pourront ensuite venir se plaquer nos constructions techniques.

Pourquoi celles-ci interviennent-elles alors, et que vient faire, pour ainsi dire après coup, ce concept de « sujet de droit »[3], d'où découlent les notions de « droit subjectif » et de « personnalité morale » ? C'est qu'il importe à la fermeté et à la sécurité des situations juridiques, que les facultés, qui constituent le contenu du rapport de droit, aient un titulaire assumant en même temps la responsabilité correspondante. Car tout avantage juridique s'accompagne

voy. : H. Taine (sur Stuart Mill), *Histoire de la littérature anglaise*, t. IV, Paris, 1864, chap. v, § 2, p. 405-429.

1. Comp. J. Laferrière (Analyse et compte rendu de : R. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*), dans *Revue du droit public*, 1911, t. XXVIII, p. 804-807.

2. Voy. ci-dessus : p. 213-217 (n° **224**), avec les références.

3. Sur la variété des significations du mot sujet, voy. É. Littré, *Dictionnaire de la langue française*, t. II, Paris, 1872, v° 2. Sujet, p. 2078-2079, surtout les n°s **7** et **8**.

de charges, qui le diminuent. Aux avantages, comme aux charges, il faut un centre les représentant à toutes fins utiles[1]. — Cette nécessité se traduit dans la vie pratique, soit qu'il s'agisse d'ester en justice pour faire valoir le droit ou répondre aux attaques qu'il susciterait, soit dans les formes de publicité, transcriptions ou inscriptions, impliquant, suivant notre pratique, un support personnel, soit dans les impôts, que notre système financier fait peser sur les bénéficiaires de certaines valeurs, soit sous d'autres points de vue encore. Peut-être, à cette nécessité eût-on pu subvenir par d'autres moyens[2]. Mais le concept du sujet de droit a paru, à la fois, le plus naturel et le plus adéquat. Il est certain, en tout cas, qu'il rend, de façon satisfaisante, le service qu'on lui demande, en concentrant tout le contenu du rapport de droit autour d'une entité, capable d'en soutenir les conséquences diverses. — Ainsi, les facultés, comprises dans le rapport de droit, deviennent des droits subjectifs. Et notre organisation positive proclame implicitement, mais nettement, le principe : pas de droit subjectif sans sujet[3].

---

1. Comp. L. Rigaud, *Le droit réel*. Histoire et théories. Son origine institutionnelle; thèse de doct. Droit, Toulouse, 1911-*1912*, p. 309, texte et note 1, avec les références à M. Hauriou.

2. Voy., par exemple, au sujet de la notion d' « organisme corporatif », présentée comme un nouveau concept, aujourd'hui nécessaire : G. Morin, *La révolte des faits contre le Code*, Paris, 1920, p. 166-167.

3. Des considérations, analogues à celles présentées au texte, expliquent comment le droit romain, si pleinement conscient de l'importance de la fermeté et de la sécurité des situations juridiques, a répugné à reconnaître des droits au profit de personnes indéterminées, et spécialement les droits au porteur. — Aujourd'hui même, personne, que je sache, n'oserait proposer d'admettre la propriété au porteur. Il n'y a pourtant pas à cela plus d'obstacle théorique que pour l'admission des créances au porteur. Mais, qu'on essaie de se représenter comment pourrait procéder l'action en revendication, fonctionner notre système de transcription hypothécaire, ou s'appliquer notre impôt foncier, au regard d'une propriété au porteur. On en découvrira bien vite l'impossibilité pratique.

Nous tenons aujourd'hui pour sujet de droit nécessaire, sous le nom de personnes physiques, tout être humain né et vivant. Nous y ajoutons, sous certaines conditions, l'enfant conçu, voire même peut-être, en certains cas, les personnes futures[1]. Il a paru peu pratique de reconnaître cette qualité aux défunts[2]; car la mort anéantit tout ce qui faisait de l'homme un être capable de soutenir les droits et produit une situation définitive, dont la prolongation efface peu à peu toutes les traces du défunt; il suffisait, d'ailleurs, de placer les intérêts respectables de ce dernier sur la tête des successeurs qualifiés pour les défendre. Des procédés analogues permettaient, principalement par la voie des libéralités *sub modo,* de consacrer juridiquement certains intérêts rattachés à des animaux, ou même à des choses inanimées, sans considérer comme des sujets de droit distincts ces êtres, qu'il est vraiment impossible d'assimiler aux hommes[3]. D'ailleurs, il convenait de ne pas multiplier à l'infini le nombre des sujets de droit.

Mais on rencontrait certaines combinaisons d'intérêts humains, associations, corporations, fondations, auxquelles il était utile d'attribuer une individualité séparée répondant à un centre propre d'action juridique. Ainsi, surgissait, à côté du concept de la personne physique, le concept de la « personne morale »; appliqué à l'État (personne morale nécessaire), ce concept lui assurait l'unité et la perpétuité répondant à son rôle[4]; étendu de façon variable

---

1. Comp. Fr. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif,* Paris, 1899, p. 121-122 (nº **65**); 2ᵉ éd., 1919, t. I, p. 136-137 (nº **65**).

2. Voy., en sens contraire : R. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé,* Paris, 1911, p. 345-346. *Adde :* p. 346-351.

3. Voy. *contra :* R. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé,* Paris, 1911, p. 331, 337-339, 341, 358-360.

4. Comp. L. Michoud (*La personnalité et les droits subjectifs de l'Etat dans la doctrine française contemporaine*), dans *Festschrift Otto Gierke,* Weimar, H. Böhlau, 1910, p. 497. *Adde : ibid.,* p. 504-505, p. 513, p. 517-518. — *La théorie de la personnalité morale et son appli-*

à d'autres entités collectives, il leur confère une sphère d'action nettement indépendante de celle des personnes physiques. Il y avait là la source d'une autre catégorie, d'ailleurs limitée, de sujets de droit, qui se sont fait peu à peu reconnaître.

On voit comment ce concept du *sujet de droit*, entraînant avec lui le *droit subjectif* et la *personnalité morale*, bien que non indispensable pour la mise en œuvre des solutions juridiques, présente une véritable utilité, qui le recommande comme un bon moyen de la technique du droit [1]. Non seulement il met de l'ordre dans l'exposé des règles, en y introduisant un élément rationnel, auquel se puisse appuyer, en toute confiance, le travail de l'esprit. Mais, cet élément rationnel suggère en même temps, à titre d'hypothèse, des développements nouveaux (par

---

cation au droit français, t. I, Paris, 1906, p. 14-15, p. 49 et p. 50, texte et note 1, p. 271 (n° **109**), p. 292 (n° **113**). — R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, t. I, Paris, 1920, n°s **4-18**, p. 11-51. — On sait, du reste, qu'entre les partisans de la personnalité de l'État, subsistent des divergences sérieuses sur la portée à lui reconnaître : personnalité de certaines administrations publiques (à des points de vue plus ou moins larges); personnalité de l'Etat au point de vue purement patrimonial ou au point de vue privé; personnalité de l'Etat puissance publique. Voy. notamment : H. BERTHÉLEMY (*Le fondement de l'autorité politique*), dans *Revue du droit public et de la science politique*, 1915, t. 32, p. 671-672, et, à la suite, correspondance échangée entre M. HAURIOU et H. BERTHÉLEMY, dans *Revue du droit public*, 1916, t. 33, p. 20-25. — On a, d'ailleurs, beaucoup exagéré l'importance de ces dissentiments. Le point de vue, que j'expose ici et qui contient la question au domaine de la pure technique, montre bien qu'il n'y a pas lieu de tomber dans ces excès et que, par exemple, l'acceptation de la personnalité de l'État puissance publique, même poussée au plus haut degré, comme l'envisagent d'excellents esprits, ne conduit pas fatalement, bien qu'on en ait dit (voy. notamment : H. BERTHÉLEMY, dans *Revue du droit public*, 1915, t. 32, p. 678-681), aux paradoxes allemands, sur le règne légitime de la force par l'État ou sur l'auto-limitation de celui-ci.

1. Comp. plus haut : p. 198-199 (n° **220**), p. 205-206 (n°s **221-222**).

exemple la reconnaissance des personnes morales), qu'un appel à la justice et à l'utilité supérieure devra confirmer. Bien plus encore, il en résulte directement certaines idées-forces (telles que la représentation totale du droit subjectif par le sujet, l'unité et la perpétuité de l'État personne morale), qui valent par elles-mêmes et ajoutent aux considérations intrinsèques (justice, utilité) la puissance propre des constructions de l'esprit [1].

Du moment que ces concepts s'adaptent bien aux réalités positives du droit vivant, que leurs résultats correspondent aux besoins et intérêts pratiques des hommes vivant en société, que leur ensemble fournit une construction homogène et cohérente [2], celle-ci, qui se trouve satisfaire aux lois essentielles de la construction juridique, et qu'une expérience déjà longue a favorablement éprouvée, mérite, par là même, d'être préférée aux conceptions différentes, aujourd'hui proposées, à celle notamment, qui, remplaçant le sujet par le but [3], viserait à concentrer les facultés consacrées par le droit objectif autour d'une idée manifestement étrangère à ce qui caractérise l'homme, en vue duquel seul le droit est fait. Non pas, assurément, que ce concept du but soit inacceptable en lui-même, en tant que moyen technique, dû aux efforts de l'esprit, mais il répond moins bien, à notre avis, aux *desiderata* de la construction juridique que celui du sujet de droit.

Ce dernier concept, d'ailleurs, reste, comme instrument technique, susceptible de toutes modifications, qui le pussent mieux adapter à son rôle. Ainsi, son élaboration

---

1. Comp. ci-dessus, n° **219**, p. 196-197.
2. Voy. plus haut, p. 209-211 (n° **223**).
3. Voy. notamment : L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, 1911, t. II, p. 110 (n° **28**). — Comp., du même auteur : *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Paris, 1901, p. 163-166, p. 171-173, p. 195. — *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, 1912, p. 71-74, p. 77-80, p. 96-103, p. 107-108, p. 112, p. 161. — Rappr. les diverses théories allemandes, convergeant autour de l'idée de *Zweckvermögen*.

laisse la voie ouverte au progrès, qui s'est déjà si largement réalisé dans la théorie des personnes morales [1]. — Il faut, toutefois, se garder des raffinements d'analyse, qui tendraient, en altérant la clarté ou la simplicité du concept de sujet de droit, à diminuer la fermeté qui en fait la valeur. Et c'est ce qui nous paraît condamner, comme obscure et vaine, la distinction, plusieurs fois proposée, des sujets de jouissance et des sujets de disposition, à chacun desquels on attribuerait une sphère propre de développement [2]. A plus forte raison encore, tiendrions-nous séparés de la construction juridique du sujet de droit, telle qu'elle nous paraît devoir être maintenue, certains concepts, absolument indépendants, qu'on voudrait à tort considérer comme ses prolongements nécessaires, ainsi le concept du patrimoine, émanation de la personnalité et lui empruntant ses caractères essentiels, comme le présentaient MM. AUBRY et RAU, dans une théorie célèbre, mais de plus en plus critiquée et délaissée [3].

En tout cas, il semble qu'il suffise de maintenir, dans le cadre strict de la technique, les concepts de *sujet de droit*, *de droit subjectif*, de *personne morale*, pour faire évanouir certaines discussions, aussi vides qu'insolubles, sur la prééminence respective du droit objectif ou du droit subjectif [4],

---

1. Cons. notamment : R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, Paris, 1910.

2. Voy., par exemple : R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, 1911, p. 328-333, p. 345 et suiv., p. 369 et suiv. Comp. p. 380-382 (deuxième partie, II, chapitre II).

3. Voy. AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, §§ **573-583**, 5e éd., E. BARTIN, t. IX, p. 333-382. Comp. § **162**, t. II, 5e éd., p. 1-4. — Et, pour la critique : Fr. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899, 2e éd., 1919, n° **67**. — H. CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil*, Paris, 2e et 3e éd., 1904 et 1912, préface, p. VI. — H. GAZIN, *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique*, thèse de doct. Droit, Dijon, *1910*-1911. — Comp. M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, 8e éd., Paris, 1920, p. 648, note 1 (n° **2149**).

4. Comp. E. BOUVIER (*La personnalité morale d'après M. Michoud*),

ou sur l'essence de la personnalité juridique. C'est ce que L. Michoud a pleinement compris et ce qui donne à sa théorie des personnes morales une supériorité décisive[1]. Adaptant le même point de vue à la notion du sujet de droit, R. Demogue aurait pu en tirer des effets plus larges et plus précieux encore, si sa méthode, d'une déconcertante fuyance[2], et sa conception inconsistante de la technique juridique ne l'avaient entraîné à des analyses et distinctions, qui, infléchissant à tous souffles et en tous sens le sujet de droit, tendent à lui ravir la fermeté, par où se montre le capital mérite de pareil concept[3].

225. — Partant de la notion du droit subjectif, — qui s'impose, à tout le moins, comme notion dès longtemps traditionnelle, — on sent le besoin, — tant pour la clarté des théories que pour l'usage de la pratique, — d'y introduire comme une « compartimentation »[4], de distinguer, au milieu de la variété, un peu confuse, des facultés, qui répondent à cette notion, plusieurs catégories de droits subjectifs, auxquelles seront attachés des effets, à certains égards, différents[5].

Or, une première séparation semble s'offrir naturelle-

---

dans *Revue critique de législation et de jurisprudence,* 1911, nouvelle série, t. XL, p. 561-564 et 571. — Voy. aussi une discussion entre M. Hauriou et H. Berthélemy (à propos du fondement de l'autorité politique), dans *Revue du droit public et de la science politique,* 1916, t. XXXIII, p. 20-25. — Et comp., pour l'origine de cette discussion : H. Berthélemy (*Le fondement de l'autorité politique*), dans *Revue du droit public et de la science politique,* 1915, t. XXXII, p. 671-682.

1. Voy. ci-dessus : p. 212, note 3 et p. 218, note 3 (n° **224**).

2. Comp. Fr. Geny (Compte rendu critique de R. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*), dans *Nouvelle revue historique de droit,* 1911, t. XXXV, p. 112, p. 114, p. 118-124.

3. Comp. ci-dessus, p. 217-218 (n° **224**).

4. Expression empruntée à E. Thaller, d'après R. Japiot (*Du fondement de la dette des dépens*), dans *Revue trimestrielle de droit civil,* 1914, t. XIII, p. 525.

5. Comp. ci-dessus : chapitre cinquième (XIX), n°s **207-213**, p. 123-174.

ment à l'esprit, suivant la nature générale de l'intérêt, que protègent les divers droits. De ce point de vue, on distinguera, par exemple : les droits tendant à sauvegarder les prérogatives inhérentes à la personne et les droits relatifs à ses intérêts patrimoniaux. Des premiers, on détachera les droits de famille, qui semblent traduire un intérêt nettement spécifique et l'on fera également une place à part aux droits de succession. — En réalité, cette distinction n'est ni profonde, ni tranchée. La protection de la personne ne se réalise souvent que par un accroissement de ses droits pécuniaires. Ceux-ci, d'ailleurs, même pris en soi, ont leur base dans les égards dus à la personne. Cela est plus évident encore des droits de famille, qui offrent, en même temps, des prolongements d'ordre patrimonial. Seuls, peut-être, les droits de succession paraîtraient jouir d'une individualité marquée, si, organisés par les vivants plus encore qu'en considération des morts, ils ne se trouvaient rentrer, peu ou prou, dans les autres catégories. De fait, la distinction des droits subjectifs en droits des personnes, droits patrimoniaux, droits de famille, droits de succession, n'est guère plus qu'une séparation, en tranches, des parties principales du *droit objectif privé,* et son intérêt reste presque exclusivement didactique.

Cette observation faite, il apparaît qu'on n'a pas encore proposé, de l'ensemble des droits subjectifs privés, une distinction, à la fois exhaustive et efficace, qui, d'ailleurs, en présence de l'extrême diversité des situations régies, n'est, sans doute, ni possible, ni même, véritablement, utile [1]. — Mais les juristes ont, dès longtemps, discerné,

---

1. Comp., par exemple : B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts,* §§ **38-42** et **48** *a,* t. I, 9 A. Th. KIPP, Frankfurt a. M., 1906, p. 166-182, p. 217-219. — F. REGELSBERGER, *Pandekten,* t. I, Leipzig, 1893, § **50**, p. 197-205. — O. GIERKE, *Deutsches Privatrecht,* t. I, Leipzig, 1895, § **29**, II-III, p. 260-264. — H. DERNBURG, *Die allgemeinen Lehren des bürgerlichen Rechts des deutschen Reichs und Preuszens,* 3 A.,

parmi des groupes, limités de façon très approximative, certaines classes de droits subjectifs, aux caractères assez nettement arrêtés, pour comporter une réglementation homogène. Et notamment, entre les droits, dont l'objectif est nettement patrimonial, on distingue deux classes, les « droits réels » et les « droits de créance » ; distinction, qui ne peut être généralisée, que par à peu près, et en perdant beaucoup de sa netteté, sous le couvert des mots droits absolus et droits relatifs [1]. D'autre part, les droits, intéressant plus directement la personne, et portant, pour ainsi dire, sur elle-même, ont paru pouvoir être groupés sous le nom de « droits de la personnalité » et soumis, comme tels, à quelques règles caractéristiques. — Or, si ces distinctions prennent pour base certains traits de fond, elles ne se précisent et ne se développent, qu'au moyen de concepts techniques, qui, seuls, en peuvent faire valoir la richesse [2]. Et, je voudrais montrer que ce n'est qu'en maintenant ferme ce point de vue, qu'on conservera, sans les excéder, la portée et la valeur de nos classifications.

Quelques mots, d'abord, sur les droits de la personnalité [3]. C'est assez récemment, qu'on a tenté de grouper, à part, sous cette dénomination, les prérogatives inhérentes à la personne en cette qualité, et consistant en puissances, dont elle est investie, pour assurer, en quelque façon, sur elle-même, l'épanouissement de ses intérêts propres, vie, intégrité corporelle, individualité, liberté, dignité, hon-

---

t. I, Halle a. S., 1906, § **18**, p. 50-55. — H. Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil. Notions générales*, 3e éd., Paris, 1912, p. 89-99.

1. Voy. notamment : B. Windscheid-Th. Kipp, *op. cit.*, § **41**, t. I, p. 176-177. — F. Regelsberger, *op. cit.*, § **51**, I, t. I, p. 205-206. — H. Capitant, *op. cit.*, 3e éd., p. 87-88. — R. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, 1911, p. 405. *Adde* : p. 405-443.

2. Comp. L. Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, t. I, Paris, 1906, p. 8 (no **3**).

3. Cons. notamment : E. H. Perreau, *Des droits de la personnalité*, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1909, t. VIII, p. 501-536.

neur, intimité, etc.[1]. Le but du groupement était, évidemment, de soumettre tous les droits en question à un régime homogène et d'en fixer les règles douteuses, au moyen d'analogies fondées sur une profonde identité de nature. — Mais, la difficulté de sa réalisation surgissait de l'extrême généralité de son point de départ. Tous les droits subjectifs, à vrai dire, tendent à assurer des avantages à la personne et l'on a pu parler d'un droit général de la personnalité, duquel émaneraient tous les autres[2]. Aussi bien, même les droits, dont l'objet est de procurer le profit des choses extérieures, trouvent leurs racines profondes dans les prérogatives de la personne[3]. Et, les plus immatérielles de celles-ci, telles que les facultés d'imagination, de création littéraire ou artistique, d'invention industrielle, d'activité professionnelle ou commerciale, donnent lieu à des avantages pécuniaires, qui dépassent, bien vite, comme droits d'auteurs ou d'inventeurs, la sphère propre de la personnalité restreinte à elle-même[4]. — Tout cela démontre que la notion, pure et homogène, des droits de la per-

1. Voy., principalement, les études de J. Kohler, entre autres : *Das Autorrecht*, Jena, 1880, p. 74, p. 123-129. — *Das Recht des Markenschutzes*, Würzburg, 1884, p. 1-22. — (Bürgerliches Recht), dans *Encyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung* (begründet von Holtzendorff), 6 A., t. I, Leipzig-Berlin, 1904, p. 587-597. — F. Regelsberger, *Pandekten*, t. I, Leipzig, 1893, § **50**, I, p. 197-199. — O. Gierke, *Deutsches Privatrecht*, t. I, Leipzig, 1895, § **29**, II, 1, p. 260, et §§ **81-99**, p. 702-897. — H. Dernburg, *Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preuszens*, 3 A., t. I, Halle a. S., 1906, § **18**, II, p. 51-53. — Comp. des tendances différentes, chez Windscheid-Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechtes*, 9 A., t. I, Frankfurt a. M., 1906, § **40**, Rechte an der eigenen Person, p. 173-176.

2. O. Gierke, *Deutsches Privatrecht*, t. I, Leipzig, 1895, § **30**, I, p. 265 ; p. 703-705 (§ **81**, I).

3. Comp. F. Regelsberger, *Pandekten*, t. I, Leipzig, 1893, p. 199 (§ **50**, I).

4. Aussi, certains jurisconsultes allemands ont-ils cru devoir créer, pour ces droits, la catégorie spéciale des « Immaterialgüterrechte ». — Voy. notamment : J. Kohler (Bürgerliches Rechts), dans *Encyklopädie der Rechtswissenschaft*, 6 A., t. I, p. 621-635. — F. Regelsberger, *Pandekten*, t. I, Leipzig, 1893, § **50**, VI, p. 204-205 — H. Dernburg, *Das bürgerliche Recht*, t. VI (publié par J. Kohler), 1910, p. 1-347, *passim*.

sonnalité n'est pas assise sur une réalité profonde, qui en fasse une vraie *donnée* de la jurisprudence civile. Elle ne prend son individualité nette, que grâce à un concept de l'esprit, faisant abstraction des contingences, pour découvrir toutes les puissances juridiques, contenues dans la seule notion de personne, et en dégager le caractère dominateur, duquel découleront certains traits communs, tels que leur incessibilité et leur imprescriptibilité relatives, l'impossibilité de les comprendre dans la transmission successorale ordinaire, ou de leur appliquer les modes généraux de la représentation d'autrui, bref un ensemble de particularités, les séparant nettement des droits proprement patrimoniaux [1]. — Par là même, ce concept apparaît précieux; et, pourvu qu'on ne l'érige pas en une vérité, objectivement établie, d'où résulteraient impérieusement des conséquenees, parfois contraires aux nécessités pratiques, il joue le rôle d'une force, qui toujours subordonnée à son utilité, susceptible d'être modifiée ou complétée suivant les exigences de celle-ci, mérite d'être conservée, pour assurer aux facultés, inhérentes à la personne, les caractères et les effets, seuls capables d'en consacrer toute la vertu [2].

Que si nous passons maintenant aux droits patrimoniaux, nous rencontrons la distinction capitale, qui en sépare deux classes, les droits réels et les droits de créance [3].

---

1. Cons. ici : E.-H. Perreau (*Des droits de la personnalité*), dans *Revue trimestrielle de droit civil,* 1909, t. VIII, p. 514-536.

2. Comp. Fr. Geny (*Les procédés d'élaboration du droit civil*), dans *Les méthodes juridiques,* Paris, 1911, p. 192. — Et, pour l'application : *Des droits sur les lettres missives,* Paris, 1911, t. I, nos **88-89**, p. 226-233. Comp. t. I, p. 175-176 (no **66**), p. 310-311 (no **119**), p. 343-344 (no **135**), t. II, p. 105-106 (no **185**) et p. 422-423 (no **325**).

3. Nous maintenons — pour l'examen que nous voulons en faire ici, à notre point de vue spécial, — cette distinction traditionnelle, de préférence à la division en droits absolus et droits relatifs, qui, prise d'un point de vue plus général, est aussi beaucoup moins nette et précise. — Comp. ci-dessus, p. 230, texte et note 1 (no **225**).

L'envisageant comme issue du fond même du droit, on l'a, depuis quelque temps surtout, vivement critiquée, pour en venir jusqu'à la nier [1].

Dans l'expression classique, que lui donnaient, il y a quelque vingt ans, la plupart de nos ouvrages dogmatiques, elle semblait fort simple. Le droit réel, portant directement et immédiatement sur une chose strictement déterminée, permet à son titulaire de retirer lui-même tout ou partie des avantages compris dans la possession de cette chose, — sans qu'il ait besoin de l'intermédiaire d'une autre personne, — étant assuré seulement, sous la garantie de la contrainte sociale, du respect passif de son droit par tous ceux qui le rencontrent sur leur route. Le droit de créance, au contraire, met, en présence de celui qui en est investi, une ou plusieurs personnes astreintes à lui en procurer le bénéfice, par un fait ou une abstention diminuant leur liberté naturelle, de telle sorte qu'il grève les personnes plutôt que la chose même, et que celle-ci, dont la détermination se meut ici en des lignes beaucoup plus souples, en apparaît seulement comme l'objet médiat et indirect [2].

Ainsi présentée, la distinction a paru à quelques-uns reposer sur une analyse incomplète ou, du moins, insuffisante. On a fait observer, surtout, que le droit réel ne pouvait exister de la personne (titulaire) à la chose (objet), qu'en réalité tout droit subjectif était une relation de per-

1. Le sujet, que je résume ici, a été traité, avec une ampleur magistrale, par L. Rigaud, *Le droit réel*. Histoire et théories. Son origine institutionnelle ; thèse de doct. Droit, Toulouse, 1911-*1912*, dont les conclusions d'ensemble me paraissent, sauf quelques réserves, solidement établies. Comp., du même auteur : *La théorie des droits réels administratifs*, thèse de doct. Droit, Toulouse, 1913-*1914*. — Voy. aussi : B. Minei, *Essai sur la nature juridique des droits réels et des droits de créance*, thèse de doct. Droit, Paris, 1911-*1912*.

2. Comp., par exemple : Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, § **172**, t. II, 5e éd., Paris, 1897, p. 72-74. — G. Baudry-Lacantinerie et M. Chauveau, *Des biens*, nos **3-7**. — H. Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, 3e éd., Paris, 1912, p. 89-97.

sonne à personne et que, dans le cas du droit réel, il était aisé de découvrir le sujet passif, envers qui existait la puissance reconnue à son titulaire, dans l'universalité même de ceux astreints au respect du droit[1]. — Il y avait là une remarque, parfaitement juste, sous la double réserve, d'une part, que ce devoir de respecter le droit d'autrui, n'atteignant en rien la liberté normale des individus, ne saurait passer pour une obligation proprement dite[2], d'autre part, qu'un même sujet passif universel se découvre aisément pour le droit de créance, dont le respect s'impose également à tous[3]. D'où il résulte qu'on ne peut nier, en

---

1. Cons., à cet égard : J. Ortolan, Généralisation du droit romain, nos **188-192** et no **195**, dans *Législation romaine,* 12e éd., Paris, 1884, t. I, p. 637-639, p. 641-642. — E. Roguin, *La règle de droit,* Lausanne, 1899, nos **106-126,** p. 207-243 ; nos **144-145**, p. 266-270 ; no **184,** p. 335-338 ; nos **185-188**, p. 338-348. — A. Boistel, *Cours de philosophie du droit,* Paris, 1899, p. 389-390 (no **235**). Comp. p. 387 (no **233**) et p. 396 (no **240**). — M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil,* 8e éd., t. I, Paris, 1920, nos **2158-2160,** p. 651-653 ; t. II, Paris, 1921, préface, p. IX-XI. — H. Michas, *Le droit réel considéré comme une obligation passivement universelle,* thèse de doct. Droit, Paris, 1899-*1900.* — R. Quéru, *Synthèse du droit réel et du droit personnel.* Essai d'une critique historique et théorique du réalisme juridique, thèse de doct. Droit. Caen, 1904-*1905.* — C. Prodan, *Essai d'une théorie générale des droits réels,* thèse de doct. Droit, Paris, 1908-*1909,* deuxième partie, chap. I, p. 67-78. — Comp. B. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9 A. Th. Kipp, t. I, Frankfurt a. M., p. 167-170 (§ **38**). — Rappr. H. Dernburg, *Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preuszens,* 3 A., t. I, Halle a. S., 1906, § **18,** III, 2, *in fine,* p. 54. — S. Schlossmann, *Der Vertrag,* Leipzig, 1876, § **33**, p. 257-270.

2. C'est ce que remarque fort justement H. Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil.* Notions générales, 3e éd., Paris, 1912, p. 90, note 1. — Comp. Fr. Geny (*Risques et responsabilité*), dans *Revue trimestrielle de droit civil,* 1902, t. I, p. 816, note 1. — Voy. aussi : C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon,* t. IX, no **464,** éd. de 1881, p. 339-340. — Aubry et Rau, *Cours de droit civil français,* § **296,** 5e éd., t. IV, p. 2-3. — E. Picard, *Le droit pur,* Bruxelles et Paris, 1899, p. 43. — *Adde :* L. Rigaud, *Le droit réel,* thèse de doct. Droit, Toulouse, 1911-*1912,* p. 11-12, p. 15-16, p. 72-73, p. 149-153, p. 208-217. Comp. p. 241-250.

3. J. Ortolan a insisté sur ce point : *Législation romaine,* 12e éd., t. I, Paris, 1884. Généralisation du droit romain, p. 637-639 (nos **190-**

celui-ci, comme constituant un élément étranger au droit réel, la présence nécessaire d'un sujet passif *particulier,* tenu, en sa qualité propre, d'une véritable obligation [1]. Et, cet élément, essentiel pour caractériser le jeu économique du droit de créance, marque, en même temps, son infériorité d'effet juridique, respectivement au droit réel, qui, « empaumant » lui-même son objet, le soustrait, dès lors, à toute emprise contraire ; ce qu'expriment les deux prérogatives dont il est pourvu : droit de suite, pour le faire valoir en dépit de toutes aliénations postérieures à son établissement, et contre les détenteurs de la chose, dépourvus d'un droit meilleur ; droit de préférence, pour l'opposer victorieusement à ceux qui n'auraient qu'un droit de créance, fût-il même antérieur en date.

Toutefois, un examen, plus profondément pénétrant, laisse voir l'impossibilité de maintenir, dans le jeu pratique des facultés, par lesquelles l'homme s'assure le profit des choses extérieures, cette séparation tenant à une intensité d'effets radicalement différente. Non seulement, en se plaçant surtout au point de vue idéal de la philosophie du droit, on a pu nous faire entrevoir un droit de créance légitimement assorti des avantages de la préférence et de la suite [2]. Mais, même dans le domaine strictement positif, on rencontrait parfois semblable résultat, alors qu'à l'in-

---

192) ; n° **194**, p. 639-640 ; p. 641 (n° **195**). — *Adde :* L. RIGAUD, *Le droit réel,* Toulouse, 1912, p. 208-217, p. 234.

1. Comp. E. CHÉNON, *Les démembrements de la propriété foncière avant et après la Révolution,* thèse de doct. Droit, Paris, 1881, p. 1-2 (Introduction).

2. M[is] de VAREILLES-SOMMIÈRES (*Du conflit de créances et du droit de préférence entre créanciers*), dans *Revue critique de législation et de jurisprudence,* 1905, nouv. série, t. 34, p. 529-530 (n°s **3-4**) ; p. 535-536 (n° **13**) ; p. 539 (n° **19**) ; p. 540 (n° **21**) ; p. 545 (n° **28**). Comp. 1906, nouv. série, t. 35, p. 482-483 (n°s **43-45**) ; p. 483-489 (n°s **46-58**). Les passages, qui précèdent, se réfèrent au droit de préférence. La mort de l'auteur l'a empêché de présenter la même démonstration, qu'il avait promise, pour le droit de suite ; *ibid.,* 1906, t. 35, p. 489 (n° **59**).

verse, les prérogatives, réputées essentielles, peuvent manquer, en certains cas, aux droits réels[1]. — Poussant plus loin encore les efforts de cette analyse dissolvante, sur le terrain de la simple observation déduite de solutions reconnues ou éminemment plausibles[2], R. Demogue relève soigneusement des hypothèses, où une véritable préférence est admise, indépendamment de toutes sûretés réelles, entre créanciers de choses autres qu'une somme d'argent (locataires successifs de la même chose — créanciers successifs de services incompatibles)[3]; il découvre, de même, dans la responsabilité incombant à des créanciers, complices d'engagements nouveaux du débiteur, ou à ceux qui, même de bonne foi, ont rendu impossible l'exercice du droit du créancier et en ont tiré bénéfice, le germe d'un droit de suite attaché aux droits de créance[4], droit de suite qui s'offre, ostensiblement consacré par la loi, pour certaines créances maritimes (art. 90 et suiv. C. comm. franç.), ou, pour le droit du locataire d'immeuble (art. 1743 C. civ. franç.)[5]; en revanche, il signale des droits, dits réels, assortis d'obligations particulières, le plus souvent passives, parfois même actives[6]; et il fait observer que les mêmes droits peuvent porter sur des choses futures, et, théoriquement même, sur des choses non complètement individualisées[7]. — Signalant aussi que telle disposition légale (art. 1690 C. civ. franç.) implique,

1. Voy. notamment : E. Lévy, *Preuve par titre du droit de propriété immobilière,* thèse de doct. Droit, Paris, 1895-*1896*, n° **71**, p. 122-130.

2. R. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé.* Essai critique, Paris, 1911, deuxième partie. II, Applications, chapitre IV, droits absolus et relatifs, p. 405-443.

3. R. Demogue, *op. cit.,* p. 421-422, p. 426-427, p. 435, p. 439. Comp. p. 433-436.

4. R. Demogue, *op. cit.,* p. 422-424, p. 427-429. — Comp. p. 425-426.

5. R. Demogue, *op. cit.,* p. 436.

6. R. Demogue, *op. cit.,* p. 436-438.

7. R. Demogue, *op. cit.,* p. 441-442.

par la solution qu'elle consacre, la propriété des créances[1], rappelant le mélange de réalité et de personnalité qu'offraient certains droits féodaux et dont on trouve des vestiges au Code civil de 1804[2], relevant le caractère équivoque des droits issus du bail d'immeubles, de l'emphytéose, de la séparation des patrimoines, des redevances minières[3], sans parler des monopoles, brevets d'invention, marques, dessins ou modèles industriels, droits des auteurs ou des artistes[4], R. Demogue fait sentir que les attributs des droits, qui s'appliquent aux choses, sont infiniment variables, qu'ils se déterminent uniquement par la considération des intérêts à sauvegarder ou à faire prévaloir, et que la préférence entre droits rivaux (qui demeure la grosse question pratique du sujet) est réglée par des principes fort différents d'après les variétés des situations[5]. — Finalement, il conclut que « les droits sont tous des droits d'obligations, entre lesquels il y a des variétés, suivant les considérations pratiques »[6]. Quant à la distinction traditionnelle des droits réels et des droits de créance, issue de la confusion primitive du droit avec son objet[7], elle manque, suivant lui, de portée générale au point de vue scientifique[8] et n'exprime, au point de vue pratique, qu'une séparation approximative entre « le droit à contenu fort » et « le droit à contenu faible »[9].

Si l'on s'en tient au point de vue du « *donné* », il me paraît malaisé, bien qu'on en ait dit[10], de contredire les résultats

---

1. R. Demogue, *op. cit.*, p. 426, p. 440-441.
2. R. Demogue, *op. cit.*, p. 408, p. 437.
3. R. Demogue, *op. cit.*, p. 409-410.
4. R. Demogue, *op. cit.*, p. 408-409.
5. R. Demogue, *op. cit.*, p. 439-440.
6. R. Demogue, *op. cit.*, p. 440.
7. R. Demogue, *op. cit.*, p. 406, p. 418, p. 429-430.
8. R. Demogue, *op. cit.*, p. 405, p. 418-422, p. 429-430.
9. R. Demogue, *op. cit.*, p. 405.
10. Voy., par exemple : H. Capitant (sur Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*), dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1911, t. X, p. 738.

essentiels de cette critique. Vainement lui objecte-t-on qu'elle repose sur des anomalies[1]. Celles-ci seraient si nombreuses et si graves, qu'elles ébranleraient le principe lui-même[2]. Et, d'ailleurs, un principe aussi abstrait ne peut s'affirmer que dégagé des solutions particulières, telles qu'on les constate dans le fonctionnement effectif de la vie juridique. Or, quand on va au fond des situations, on observe, tout au plus, parmi les droits tendant à procurer à l'homme le profit des choses, une échelle ascendante d'intensité, depuis l'engagement issu de faits, qui astreignent l'homme à quelque prestation envers l'homme, jusqu'à la situation définitivement établie de celui-ci sur les biens pleinement soumis à sa puissance[3]. Dans cette gamme, aux modulations infinies, se présentent des variations multiples, marquant les degrés d'efficacité du droit, à l'égard de tous ceux qui doivent le subir. Mais, tant qu'on considère simplement la nature des choses, on n'y aperçoit pas cette coupure tranchée, d'où surgirait la division fondamentale, que nous offre l'enseignement traditionnel entre les droits réels et les droits de créance. Et, la difficulté de maintenir strictement cette distinction n'a pu que s'accroître, en présence du développement donné par le droit moderne au principe de l'autonomie de la volonté ; d'où il résulte, que l'acte, créateur par excellence de droits subjectifs, le contrat, peut indifféremment, suivant la

1. H. CAPITANT, dans *Revue trimestrielle de droit civil,* 1911, t. X, p. 739.

2. La critique, si pénétrante, des prétendues anomalies relevées par R. DEMOGUE, que présente L. RIGAUD, *Le droit réel,* Toulouse, 1912, p. 256-280 (*adde :* p. 250-256, p. 281-300), ne saurait empêcher ces anomalies d'exister et de contrarier la notion unitaire, traditionnellement proposée, du droit réel.

3. Rappr. la conception du droit germanique, signalée par O. GIERKE, *Deutsches Privatrecht,* t. II, Leipzig, 1905, p. 608 (§ **140**, I). — Voy. aussi : Fr. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif,* Paris, 1899, p. 165, texte et notes 3-4 (nº **80**) ; 2ᵉ éd., 1919, t. I, p. 183, texte et notes 1-2 (nº **80**).

volonté de ceux qui le concluent, constituer sur les choses, soit un droit réel, soit un droit de créance [1].

Reste à savoir, pourtant, si l'artifice ne doit pas ici suppléer la nature, et s'il ne convient pas de nous représenter, par la force du concept, cette séparation catégorique, que les faits ne nous offrent pas [2]. C'est donc, du point de vue technique, en la considérant comme un moyen conceptuel d'obtenir des résultats utiles, qu'il faut apprécier la distinction des droits réels et des droits de créance [3]. Et, envisagée de cet angle, il ne paraît pas douteux, qu'elle ait rendu des services, qu'elle puisse en rendre encore, que, par suite, elle mérite d'être conservée, tant qu'on ne nous offre pas, pour la remplacer, un instrument mieux adapté aux besoins de l'organisation du droit des choses. — Elle traduit, en effet, pour ce domaine, une idée capitale, qui domine toute la vie juridique, l'idée qui sépare « le rapport juridique » proprement dit de « la situation établie » [4]. Celle-ci représente la fin des institutions, qui doivent aboutir à un « état de choses », stable et assurant pleine sécu-

1. La difficulté, signalée au texte, apparaît notamment, si l'on considère le droit du preneur d'immeubles, dont le caractère réel (à le supposer possible) devrait, avant tout, s'étayer sur une volonté des contractants, nettement établie en ce sens. — Voy. pourtant : L. Rigaud, *Le droit réel,* Toulouse, 1912, p. 157-160.

2. Rappr. F. Regelsberger, *Pandekten,* t. I, Leipzig, 1893, § **50**, note 12, p. 200. — S. Schlossmann, *Der Vertrag,* Leipzig, 1876, p. 270 (§ **33,** *in fine*).

3. C'est ce qui n'a pas été pleinement aperçu par L. Rigaud, *Le droit réel,* Toulouse, 1912, qui mêle, à peu près constamment, dans tous les développements de sa forte étude, le point de vue scientifique et le point de vue technique. Voy. pourtant : p. 230-241, p. 265-276 et p. 339-343. — Comp., en notre sens : L. Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français,* t. I, Paris, 1906, p. 8 (n° **3**).

4. Comp. M. Hauriou, *Principes de droit public,* Paris, 1910, p. 167-175. Rappr. 2e éd., 1916, p. 22-23, p. 109-111, p. 164-173. — L. Rigaud, *Le droit réel,* Toulouse, 1912, p. 345-382. — Je ne crois pas, d'ailleurs, que la théorie de « l'institution », qui reste si trouble, dans l'exposé de ces auteurs, apporte, à l'idée signalée au texte, un complément sérieux de justification.

rité. Les rapports, résultant d'engagements entre les hommes, ne sont que des moyens — provisoires et éphémères de leur nature — en vue de cette fin. Telle doit être, quand il s'agit de l'utilité procurée juridiquement par les choses, l'opposition du droit réel, qui marque la fin, au droit de créance, où nous ne pouvons voir qu'un moyen. — En soi, assurément, pareille opposition resterait trop vague, pour entraîner des conséquences précises. Il faut que, par les efforts de l'esprit, elle s'érige en un concept aux traits nettement marqués, qui assignera, à chaque espèce de droit, les caractères seuls capables d'en déterminer les effets. C'est ainsi que le droit réel sera *conçu* comme un pouvoir direct de l'homme sur les choses, tandis que le droit de créance conservera, *pour l'esprit,* l'aspect primitif du rapport entre deux sujets relativement à une chose[1]. Par suite, l'objet du droit de créance, ne comportant pas de pouvoir immédiat, pourra être moins strictement déterminé que celui du droit réel. La force de ce dernier se marquera surtout dans ses prérogatives, droit de préférence, droit de suite, que des raisons pratiques de crédit font refuser au droit de créance[2]. — Sans doute, toutes ces règles, provenant de la seule configuration du concept, ne s'adapteront pas aux réalités, sans accrocs, voire sans défaillances. Et, ainsi, s'expliquent les désharmonies signalées par R. DEMOGUE et résumées plus haut[3], auxquelles s'en pourraient adjoindre encore d'autres[4]. Mais la vertu du concept n'en subsiste pas moins, du moment, qu'à défaut de toute prescription positive ou de toutes raisons contraires, il développe ses effets dans la mise en œuvre

1. Sur le mécanisme conceptuel aboutissant à ce résultat, voy., d'après GIERKE : L. RIGAUD, *Le droit réel,* Toulouse, 1912, p. 230-241.

2. Comp. L. RIGAUD, *Le droit réel,* Toulouse, 1912, p. 117-122. *Adde :* p. 122-130.

3. Voy. ci-dessus, p. 236-237 (n° **225**).

4. Comp., par exemple : L. RIGAUD, *Le droit réel,* Toulouse, 1912, p. 241-250.

des droits sur les choses, suivant que ceux-ci offrent le caractère de droits réels ou celui de droits de créance. — L'application suppose, d'ailleurs, que cette distinction de caractères apparaît nettement marquée. Et c'est pourquoi, en présence du large développement reconnu au principe moderne de l'autonomie de la volonté, il semble essentiel d'admettre que le contenu des droits réels est strictement et catégoriquement fixé[1]; faute de quoi, la volonté, trop souvent incertaine et molle, des contractants, laisserait flotter, dans un doute insoluble, la nature des droits provenant de la convention[2].

Tout ceci reconnu, la distinction, des droits réels et des droits de créance, reste encore, assurément, loin d'être parfaite. — Elle ne saurait embrasser tous les droits patrimoniaux; laissant notamment à l'écart les droits d'auteurs ou d'inventeurs, les offices ministériels[3], les parts d'intérêts ou les actions des sociétés[4], elle doit, pour conserver quelque précision, demeurer limitée aux droits tendant à procurer le profit de choses matérielles, de faits, ou d'abstentions déterminés[5]. Elle a peut-être le tort, présentée sous une forme absolue, d'exclure la possibilité d'un troisième terme, formant catégorie intermédiaire entre les deux types opposés; en tout cas, elle a grand besoin d'être assouplie encore, et accommodée à tous les

---

1. Comp. ci-dessus, n° **208**, p. 131-135.

2. Sur ce point, je m'écarterais encore de l'opinion adoptée par L. Rigaud, *Le droit réel*. Histoire et théories. Son origine institutionnelle; thèse de doct. Droit, Toulouse, 1911-*1912*, p. 300-306. — Voy., d'ailleurs, *ibid.*, p. 155-156, p. 163.

3. C'est ce que reconnaît H. Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*. Notions générales, 3e éd., Paris, 1912, p. 97; et dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1911, t. X, p. 739, texte et note 1.

4. Voy. Ch. Beudant (*Des caracteres distinctifs de l'intérêt et de l'action en matière de sociétés*), dans *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1869, t. XXXIV, p. 154-156. — *Contra* : Ch. Lyo[illegible], note sous Paris, 18 août 1881, *Sirey*, 82. 2. 25.

5. En sens contraire : L. Rigaud, *Le droit réel*, Toulouse, 1912, p. 386-415. — Voy., pourtant, *ibid.*, p. 155-156.

faits, si l'on veut lui conserver son crédit[1]. Allons plus loin, et consentons qu'il soit fort possible de lui trouver un substitut avantageux, et partant fort légitime de rechercher, dès maintenant, quelque concept, répondant mieux au but d'organisation qu'elle poursuit. — Il n'en subsiste pas moins que, jusqu'à ce qu'on nous offre cette construction préférable, nous devons maintenir, à titre de moyen technique, justifié par une longue expérience, notre séparation traditionnelle, avec toutes ses conséquences légitimes[2].

C'est du même point de vue que se précisera, au mieux, la nature des divers droits compris dans les catégories principales.

De la mêlée, encore un peu confuse, des droits de la personnalité[3], se détachent peu à peu certains types plus précis[4], tels que le droit au nom, ou, parmi les facultés protégeant des biens immatériels[5], les droits dits de propriété littéraire et artistique, les marques de commerce ou de fabrique, les droits des inventeurs réalisés sous la forme des brevets d'invention, des dessins et modèles industriels. — Or, pour caractériser tous ces droits, et leur dégager une individualité nette des lois purement pratiques, qui n'en consacrent que des résultats fragmentaires, il faudra, le plus souvent, encadrer ceux-ci dans

---

1. Comp. Fr. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif,* Paris, 1899, 2e éd., 1919, n° **66**. — Et, sur les droits réels *in faciendo,* voy. L. Rigaud, *Le droit réel,* Toulouse, 1912, p. 420-461.

2. Sur tout cela, cons. encore : B. Minei, *Essai sur la nature juridique des droits réels et des droits de créance,* thèse de doct. Droit, Paris, 1911-*1912*. — R. Basque, *De la distinction des droits réels et des obligations,* thèse de doct. Droit, Montpellier, 1913-*1914*.

3. Voy. ci-dessus, p. 230-232 (n° **225**).

4. Comp. Fr. Geny, *Les droits sur les lettres missives,* Paris, 1911, t. I, p. 228-229 (n° **88**). Voy. *ibid.,* tout le n° **88** et le n° **89**, p. 226-233.

5. Comp. ci-dessus, p. 231, texte et note 4 (n° **225**).

un concept synthétique, capable de représenter une figure juridique nouvelle, dont l'assimilation, plus ou moins poussée, à d'autres mieux connues, permettra d'en déduire des effets précieux à la vie. Et, ici encore, le concept, simple moyen technique, devra pouvoir s'assouplir et se transformer suivant les besoins pratiques [1].

De même, si l'infinie variété des objets d'obligation rend inutile et vaine une spécification précise des divers droits de créance, il paraît, au contraire, fort important de définir les catégories, d'ailleurs étroitement limitées [2], de droits réels. Or, pareil résultat ne s'obtient qu'au moyen du concept. — Et, pour saisir la vertu de celui-ci, il suffit de considérer, par exemple, quelle clarté jette, sur la configuration juridique de la propriété, une définition, comme celle qu'en a proposée le marquis de Vareilles-Sommières [3], en nous représentant très simplement la propriété comme « le droit en vertu duquel une personne peut *en principe* tirer d'une chose tous ses services »; ou « le droit en vertu duquel une personne peut *en principe* faire d'une chose ce qu'elle veut ». Ce qui signifie que « la propriété n'est pas le droit de tirer d'une chose tous ses services *sans exception;* elle n'est pas le droit de faire d'une chose *absolument* tout ce qu'on veut », mais que « la propriété est seulement le droit de tirer d'une chose tous ses services *sauf exceptions* » [4]. En d'autres termes : « *Il faut et il suffit,* pour qu'un droit réel s'appelle et soit la propriété, que, pour son titulaire sur la chose, *la liberté d'agir soit le principe.* Peu importe que le principe reçoive des exceptions et que ces exceptions soient plus ou moins

1. Voy., par exemple : J. Kohler, *Die Idee des geistigen Eigenthums,* dans *Archiv für die civilistische Praxis,* 1894, t. LXXXII, p. 141-242.

2. Voy. ci-dessus, n° **208**, p. 131-135.

3. Mis de Vareilles-Sommières, *La définition et la notion juridique de la propriété,* dans *Revue trimestrielle de droit civil,* 1905, t. IV, p. 443-495.

4. de Vareilles-Sommières, *op.* et *loc. cit.,* p. 443-444 (n° **1**).

nombreuses, plus ou moins importantes »[1]. Car la propriété demeure entière, alors même qu'elle est incomplète[2]. Et ce qui caractérise ce droit, « ce n'est pas l'étendue qu'il a, c'est celle qu'il est susceptible d'avoir »[3]. S'il n'y a, en tout cela, qu'une construction de l'esprit, du moins faut-il convenir qu'elle permet de donner à la propriété toute sa portée[4], et qu'elle la sépare nettement des autres droits réels, qui limitent la maîtrise de leur titulaire sur la chose à certains rapports spécialement déterminés[5].

En dehors des classifications, généralement admises des droits subjectifs, s'en peuvent présenter certains types, dont un concept théorique fixera utilement la physionomie et permettra d'en compléter un règlement basé sur des résultats fragmentaires et empiriques. — C'est ce que j'ai tenté de montrer, naguère, à propos d'un droit trop rarement dégagé dans son individualité nette, le *droit à la preuve,* qui mérite pourtant, par son importance pratique, de recevoir toute l'extension nécessaire à une pleine efficacité[6]

226. — Si, maintenant, nous voulons apprécier le fonctionnement de la construction juridique, basée sur les concepts, à propos de cas particuliers et en des applications

1. de VAREILLES-SOMMIÈRES, *op.* et *loc. cit.,* p. 444 (n° **1**).
2. de VAREILLES-SOMMIÈRES, *op.* et *loc. cit.,* p. 446-447 (n°s **6-7**).
3. de VAREILLES-SOMMIÈRES, *op.* et *loc. cit.,* p. 467 (n° **44**).
4. Voy., à titre d'exemple de l'application qu'on en peut faire : Fr. GENY, *Des droits sur les lettres missives,* Paris, 1911, t. I, n°s **123-130**, p. 316-331.
5. Comp. B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts,* 9 A. Th. KIPP, t. I, Frankfurt a. M., 1906, p. 170 (§ **38**). — F. REGELSBERGER, *Pandekten,* t. I, Leipzig, 1893, p. 200 (§ **50**, III). — O. GIERKE, *Deutsches Privatrecht,* t. II, Leipzig, 1905, p. 347-348 (§ **120**, I). *Adde :* p. 358 (§ **120**, V, 5); p. 364 (§ **120**, VI, 5-6); p. 598-599 (§ **139**, I). — S. SCHLOSSMANN, *Der Vertrag,* Leipzig, 1876, p. 261-262 (§ **33**), ne voit même dans le concept du droit de propriété qu'un expédient terminologique. Comp. ci-après, n° **232**.
6. Voy. Fr. GENY, *Des droits sur les lettres missives,* Paris, 1911, t. II, n°s **184-186**, p. 104-107. *Adde :* n°s **157-183**, p. 2-104; et chapitres VIII-X et XIII, *passim.*

plus menues, nous nous trouvons en face d'une masse, si abondante et si variée, de matériaux, qu'il faut nous borner à quelques exemples, susceptibles seulement de servir ici d'indications sommaires. Sans revenir sur la vanité, d'un trop grand nombre de ces constructions, que je crois avoir amplement étalée ailleurs [1], je veux simplement, à cette place, — pour insister plutôt sur le profit positif qu'on en peut attendre, — en signaler encore trois applications, dont les deux premières nous feraient voir l'utilité (relative) d'un concept, introduit en un problème de droit concret, tandis que la troisième nous suggérerait la nécessité éventuelle de transformer une construction, qui, de prime abord assez séduisante, s'est montrée, à l'essai, incapable de suffire aux besoins de la vie juridique.

On sait les difficultés qu'a soulevées le remploi d'un bien propre de la femme, opéré, pendant la communauté, par le mari seul, et que la femme n'aurait accepté qu'après coup. Il paraît désirable que cette dernière circonstance n'empêche pas la propriété personnelle de la femme de s'être assise sur le bien nouvellement acquis dès l'achat fait par le mari, de façon que son passage, purement provisoire, dans la communauté, ne laisse finalement, ni au point de vue civil, ni au point de vue fiscal, pour les intérêts de la femme, aucun dommage, auquel elle n'ait dû s'attendre. Ce résultat ne saurait contrarier l'intérêt légitime des tiers, du moment qu'ils ont connu, par les indications portées en l'acte d'acquisition (art. 1424-1425 C. civ. franç.), l'éventualité de l'acceptation ultérieure de la femme et il paraît bien conforme à la visée de subrogation réelle, que comporte toute opération de remploi. Pourtant, il semblait impossible de l'obtenir, si l'on conservait la vue naturelle des choses, suivant laquelle, le mari, agissant comme chef

1. Voy. Fr. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif,* Paris, 1899, 2e éd., 1919, nos 70-75.

de la communauté, n'a pu réaliser qu'une acquisition commune, dont un acte *ultérieur* de la femme transportait l'effet à celle-ci.

Mais, pour échapper à l'objection, il suffisait de construire l'opération, en concevant chez le mari la qualité de gérant d'affaires de la femme [1] ou de stipulant à son profit (art. 1121 et 1165 C. civ. franç.) [2], de telle façon que l'acceptation ultérieure de l'épouse procurât à celle-ci le bénéfice d'une représentation, qui l'investît directement de la propriété au jour de l'acquisition. Encore fallait-il éviter de donner à ce concept une forme tellement absolue, qu'il supprimât chez le mari la qualité de chef de communauté, lui permettant, sur la chose, des actes de disposition de nature à utiliser le bien acquis, pour le cas de non-acceptation de la femme, et à contraindre ainsi celle-ci, par la menace d'une révocation totale ou partielle de l'acte accompli à son profit, à fixer sans retard son option relativement à l'affaire [3]. — On arrive à ce résultat, recommandé par la tradition historique suivie jusqu'au Code civil, soit en envisageant l'acte du mari comme une offre de subrogation faite par le mari, chef de la communauté, à la femme [4], soit, mieux encore, en considérant que le mari, qui acquiert un bien pour servir de remploi à la femme, agissant à la fois dans l'intérêt commun et dans l'intérêt personnel de la femme, subordonne l'effet de

---

1. Voy. J.-E. Labbé, *Dissertation sur les effets de la ratification des actes d'un gérant d'affaires*, Paris, 1856, deuxième partie, nos **77-109**, p. 66-94. *Adde :* n° **68**, p. 58-59.

2. G. Baudry-Lacantinerie, J. Le Courtois et F. Surville, *Du contrat de mariage*, 3e éd., Paris, 1906, t. I, p. 367 (n° **407**) et p. 376 (n° **421**).

3. M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. III, 7e éd., Paris, 1918, n° **959**, p. 83-84.

4. Voy. notamment : Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, § **507**, texte et notes 73 à 78, 5e éd., E. Bartin, t. VIII, p. 53-55. — Comp. L. Guillouard, *Traité du contrat de mariage*, nos **508-509**, 2e éd., Paris, 1888, t. II, p. 52-56.

l'opération, pour celle-ci, à une décision rapide, qui ne puisse, par des retards calculés ou simplement négligents, entraver la prospérité des affaires de la communauté [1]. — Ainsi, un jeu de concepts, adroitement maniés et judicieusement assouplis, aboutit à des conséquences, qui s'accordent avec les exigences légitimes des intérêts en présence. Et, sans doute, quelques-unes de ces conséquences, prises en elles-mêmes, pourraient être admises, sans l'intervention des concepts par lesquels on les explique. Mais ces concepts ont l'avantage d'encadrer l'opération envisagée dans le système général du Droit et permettent de justifier certaines solutions, qu'aucun intérêt décisif ne saurait commander, telles que les solutions des questions fiscales dépendant du même problème [2].

Que si nous voulions considérer, dans l'opération du remploi, — sans en distinguer les diverses applications, — la substitution de biens qui en est l'effet caractéristique, il nous apparaîtrait comme un cas particulier d'une institution susceptible d'une portée beaucoup plus étendue, la subrogation réelle, où nous pourrions voir encore un concept constructif, harmonisant, dans un ensemble cohérent, des situations différentes rapprochées par un même but, précisant ce but et lui assurant une ampleur qui en féconde notablement les conséquences [3].

---

1. M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. III, 7e éd., Paris, 1918, p. 83 (no **959**, *in fine*).

2. Il est, en effet, impossible de décider, *a priori*, qu'un intérêt majeur recommande la perception ou la non-perception d'un droit de mutation. La solution fiscale dépend exclusivement de la nature juridique de l'opération. Et, à défaut de caractères intrinsèques aptes à déterminer cette nature, la construction juridique peut apporter ici une précision utile. — Comp. J.-E. Labbé, *Dissertation sur les effets de la ratification des actes d'un gérant d'affaires*, Paris, 1856, no **101**, p. 87-88. *Adde* no **106**, p. 92-93. — Et voy. Civ. rej., 14 janvier 1868, *Sirey*, 68. 1. 136.

3. Cons. A. Henry, *De la subrogation réelle, conventionnelle et légale*, thèse de doct. Droit, Nancy, 1912-*1913*. — Voy. notamment, p. 393-394 (Conclusion). — H. Capitant, *Essai sur la subrogation réelle*,

Comme exemple d'un autre concept, qui a permis de donner quelque consistance à une théorie encore très mouvante et incomplètement organisée, je signalerai l'idée de gage tacite, que l'on place volontiers à la base de plusieurs des privilèges mobiliers spéciaux, notamment du privilège du bailleur d'immeubles (du moins pour la plus grande partie), du privilège de l'aubergiste, de celui du voiturier, tous trois consacrés par l'article 2102 du Code Napoléon, sans parler de quelques autres privilèges, de même sorte, reconnus par le Code de commerce ou par des lois spéciales. — On sait notamment que cette conception, en même temps qu'elle implique mise et maintien en possession, au moins par voie indirecte, du créancier (art. 2076 C. civ. franç.), permet d'attribuer aux privilèges, qui s'y rattachent, un certain droit de suite, ordinairement dénié aux privilèges mobiliers[1], et qu'elle fournit aussi, grâce à une ingénieuse généralisation de dispositions particulières de la loi (art. 2102-1°, al. 4; 2102-4°, al. 3. C. civ. franç.; L. 17 juillet 1856, sur le drainage, art. 3, al. 2), des éléments de solution précieux, pour le règlement des conflits entre créanciers à privilèges spéciaux, fondés les uns sur l'idée de gage tacite, les autres sur l'idée de création ou de conservation de la valeur grevée du privilège[2]. — Au fond, cette conception de gage, introduite ici par la doctrine, et dont la loi s'est parfois servie d'une façon plus nette[3], ne peut même pas s'étayer d'une présomption pro-

dans *Revue trimestrielle de droit civil,* 1919; t. XVIII, p. 385-416. — Et voy. ci-après, notre chapitre septième (XXI), section II, Fictions juridiques, n^os^ **240-252**.

1. Voy. notamment : L. Balleydier (*Des privilèges sur les créances et de leurs effets*), dans *Revue critique de législation et de jurisprudence,* 1886, nouvelle série, t. XV, p. 523-536 (n^os^ **20-37**) et p. 572-576 (n^os^ **44-48**).

2. Voy., par exemple : Ch. Beudant, *Les sûretés personnelles et réelles,* t. I, Paris, 1900, n^os^ **477-482**, p. 424-430. — A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français,* 2e éd., t. II, Paris, 1920, p. 834-836.

3. Certaines dispositions de lois, relativement récentes, ont, en

prement dite, que repousseraient les exigences positives de la loi pour le privilège du gage[1]. Elle n'est pas autre chose qu'une représentation, quelque peu arbitraire, de l'esprit, conservée en raison des résultats utiles qu'elle procure, mais qui, contestable en plusieurs de ses applications[2], pourra céder quelque jour devant un concept meilleur.

Il advient, parfois, en effet, que le concept, vraiment adéquat au but, ne se soit pas rencontré, dès l'abord, qu'on ait dû tâtonner dans cette recherche d'une construction, apte à contenir et à développer tel phénomène de la vie juridique, que peut-être on ait trop hâtivement adopté une représentation des choses, qui, au contact de l'expérience, devra céder devant une représentation plus pleine et plus parfaite. — Pareille évolution démontre, au mieux, le caractère artificiel de la construction juridique et comment elle doit s'infléchir, au besoin même, disparaître, sous la pression des besoins pratiques qui seuls en commandent le jeu. — Nous en trouvons un exemple assez typique, dans la progression des idées qui se sont manifestées depuis

effet, établi des hypothèses de gages proprement légaux, c'est-à-dire résultant directement de l'autorité du législateur, sans l'intermédiaire d'une convention. — Voy. notamment : L. 27 décembre 1895, art. 4, al. 1 ; L. 9 avril 1898, art. 26, al. 2.

1. En effet, la constitution de gage exige impérieusement un écrit, du moins en matière excédant la valeur de 150 francs (art. 2074 C. civ. franç.). Et, aucune autre preuve n'y pouvant suppléer, les présomptions de l'homme se trouvent nécessairement exclues. On ne pourrait donc songer qu'à une présomption de droit. — Voy., à cet égard, les développements présentés ci-dessous, chapitre septième (XXI), section I, nos **230-239**.

2. Voy., par exemple, en ce qui concerne le privilège du bailleur d'immeubles : Ch. Beudant, *Les sûretés personnelles et réelles*, t. I, Paris, 1900, p. 375-376 (n° **43**), qui taxe de « fiction » l'idée de gage tacite. — *Adde :* A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, Paris, 1920, p. 800, 801, 807, 808, 813.

moins d'un demi-siècle à propos du pouvoir ménager de la femme mariée[1].

En dépit de la prépondérance du mari, si largement consacrée encore par le Code civil français de 1804, non seulement dans le régime de communauté entre époux, mais même, à vrai dire, en toutes les formes de l'association conjugale, comme une sorte de statut supérieur et d'ordre public[2], on a, de tout temps, senti la nécessité de laisser à la femme mariée une certaine sphère d'activité patrimoniale indépendante, dont les contours, variables suivant l'état des mœurs et les idées relatives au rôle respectif des deux sexes, trouvent comme un minimum de compréhension dans l'administration strictement ménagère de la famille, qui reste le domaine naturel de la femme[3]. — Il fallait, toutefois, pour traduire cette activité en un véritable *pouvoir juridique,* susceptible d'effets précis à l'égard des tiers comme dans les rapports des époux, en fixer la portée, le mode d'exercice, les limites, en l'harmonisant avec la souveraineté du chef de famille, demeurée le principe directeur essentiel. Et, pour éviter d'en être réduit, dans la solution de ces questions délicates, aux suggestions incertaines d'un empirisme cahoteux, la technique du droit semblait recommander, à défaut d'un principe ferme issu du fond des choses, l'adoption d'un concept, qui, représentant, sous forme intelligible, la situation à régir, permît d'en diriger le règlement, en vue d'une finalité correspondant aux exigences de la vie en même

---

1. On pourra consulter, à cet égard, l'excellente monographie de P. Binet, *La femme dans le ménage* (thèse de doct. Droit, Nancy, 1903-*1904*), Paris, 1904, sur laquelle je m'appuierai largement, pour justifier quelques-uns des développements qui vont suivre.

2. Voy., par exemple : Ch. Lefebvre, *Leçons d'introduction à l'histoire du droit matrimonial français,* Paris, 1899, p. 25-31, p. 35-36, p. 36-37.

3. Comp. P. Binet, *La femme dans le ménage,* Paris, 1904, p. 5-6 (Introduction).

temps qu'aux postulats essentiels de la justice et de l'utilité sociale [1].

Pendant longtemps, le concept, jugé à la fois le plus simple et le plus souple, s'est exprimé en ce qu'on appelait volontiers le « mandat tacite de la femme mariée ». Estimant que la femme ne pouvait tenir son pouvoir ménager que de l'omnipotence maritale, manifestée dans la volonté concrète du chef unique du ménage, on se représentait le mari chargeant sa femme d'administrer la maison, comme il en eût pu charger un étranger, dans les limites résultant de son vouloir exprimé ou sous-entendu, et sous l'éventualité, toujours menaçante, d'une révocation possible de sa part [2]. — Sans doute, il y aurait eu quelque difficulté à établir la réalité de ce mandat, si l'on n'avait pu le présumer en se basant sur une sorte de coutume [3]. Toutefois, cette difficulté même s'évanouissait tout à fait, pour qui ne voyait, dans le prétendu mandat tacite, qu'une représentation conceptuelle, un artifice de technique [4], en vue de la construction d'un rapport de droit. Mais encore eût-il fallu, pour que cette représentation de l'esprit jouât bien le rôle qu'on en attendait, qu'elle suggérât des solutions pleinement acceptables.

Or, la nécessité des choses avait conduit notre pratique, telle que la consacre une jurisprudence fermement assise et approuvée de la majorité des auteurs, à des solutions contrastant violemment avec les déductions logiques de cette conception de mandat [5]. — C'est ainsi que le pouvoir de représenter le mari dans les contrats ménagers, avec

---

1. Comp. P. Binet, *La femme dans le ménage,* Paris, 1904, p. 6-8 (Introduction). — *Adde :* Préface de Fr. Geny, p. IX-X.

2. Comp. P. Binet, *La femme dans le ménage,* Paris, 1904, p. 8-9 (Introduction). — *Adde :* Première partie, p. 17-141.

3. Voy. Fr. Geny, Préface à P. Binet, *La femme dans le ménage,* Paris, 1904, p. XVII-XVIII. — Comp. Trib. de l'Empire d'Allemagne, 13 mai 1898, *Sirey,* 1901. 4. 3.

4. Comp. P. Binet, *La femme dans le ménage,* Paris, 1904. p. 8-9.

5. Voy. P. Binet, *La femme dans le ménage,* Paris, 1904, p. 9-11 (Introduction). — *Adde :* Préface de Fr. Geny, p. XV-XVI.

toutes les conséquences juridiques qu'il implique, est maintenu au profit de la femme, en dépit d'une séparation d'existence, qui atteste la profonde désunion des époux [1]. En cas de doute, l'étendue de ce pouvoir se détermine, non pas tant d'après les intentions réelles ou concrètement vraisemblables du mari, que plutôt d'après l'idée que les tiers pussent se faire, suivant les circonstances, d'un mandat normal et légitime [2]. Tout démenti donné au prétendu mandat par le mari, — n'eût-il même pas le caractère d'une révocation proprement dite, — doit, pour être opposable aux fournisseurs, qui ont traité avec la femme, recevoir, à leur égard, une publicité effective, réalisée, au besoin, par voie de notifications individuelles [3]. Bien plus, de nombreux arrêts ont imposé à la femme, engagée en vertu de sa mission domestique, une responsabilité personnelle, qui vient doubler celle du mari obligé directement par son ministère [4]. Sans compter que l'exercice du pouvoir ménager par la femme crée, entre les époux, des effets s'écartant parfois notablement des conséquences normales du contrat de mandat [5]. — Si, en dépit de ces disparates, l'idée de mandat restait affirmée par les arrêts comme par les auteurs [6] et avait même inspiré assez nettement quelques dispositions législatives favorables à une extension d'indépendance chez la femme mariée [7], il faut convenir qu'ici le concept ne représentait,

1. Voy. P. Binet, *La femme dans le ménage*, Paris, 1904, p. 46-*60*.
2. Voy. P. Binet, *La femme dans le ménage*, Paris, 1904, p. 83-*86*.
3. Voy. P. Binet, *La femme dans le ménage*, Paris, 1904, p. 93-*101*.
4. Voy. P. Binet, *La femme dans le ménage*, Paris, 1904, p. 102-*108*.
5. Voy. P. Binet, *La femme dans le ménage*, Paris, 1904, p. 109-113.
6. Voy. surtout : P. Binet, *La femme dans le ménage*, Paris, 1904, p. 18, texte et notes 1-2.
7. Notamment les lois réglementant l'usage des caisses d'épargne au profit des femmes mariées : loi du 9 avril 1881, art. 6. (Voy. le résumé des travaux préparatoires sur ce texte dans *Sirey*, Lois annotées, 1881-1885, p. 290, note 1); loi du 20 juillet 1895, art. 16. — Voy. P. Binet, *La femme dans le ménage*, Paris, 1904, p. 37, note 1, avec les références. *Adde : ibid.*, p. 41, note 2. Comp. p. 315, note 2.

que de façon fort insuffisante, les réalités juridiques qu'il prétendait diriger[1].

Aussi bien, ce concept du mandat tacite de la femme mariée est-il fortement battu en brèche, depuis quelque vingt ans, par des idées différentes, dont notre très ancien droit nous offre l'amorce[2], que nous trouverons plus nettement consacrées en certaines législations étrangères récemment codifiées[3], et qui, tout en satisfaisant les mêmes intérêts essentiels, répondent mieux à l'ensemble des exigences de la situation considérée. Il s'agit de placer, à la base du pouvoir ménager de la femme mariée, un appui plus ferme, que celui qu'on découvrait dans la volonté, fuyante et mobile, du mari. — On y arrive déjà, par une transition aisée, en substituant à la notion d'un mandat, volontaire et concret dans son principe, celle d'une délégation légale, qui dérive au profit de la femme certains des attributs du chef de famille, sans démembrer pourtant sa souveraineté. Telle est, à peu près, la position du Code civil allemand de 1896, qui assure à la femme mariée, sous le nom de pouvoir des clés (*Schlüsselgewalt*), certaines attributions, détachées de l'omnipotence du mari, mais soumises à l'éventualité d'un retrait, permis à celui-ci, sous le contrôle de la justice[4]. On peut aussi entrevoir la même pensée dans une pratique, constamment suivie, en France, par les caisses d'épargne, pour renforcer, en l'accordant avec une législation restrictive, le droit personnel de la

---

1. Voy. encore : P. Binet, *op. cit.*, p. 137-141. — Il convient, d'ailleurs, d'observer, que le prétendu mandat tacite, conféré par le mari à sa femme, n'est rationnellement expliqué que par l'obligation d'entretien incombant au mari (Voy. P. Binet, *op. cit.*, p. 37-43). Et la même obligation d'entretien peut seule justifier l'*actio de in rem verso*, donnée parfois aussi aux tiers, ayant traité avec la femme, contre le mari (P. Binet, *op. cit.*, p. 114-121).

2. Cons. notamment : P. Binet, *op. cit.*, p. 19-24.

3. Voy. surtout : P. Binet, *op. cit.*, deuxième partie, p. 143-289.

4. Cons. P. Binet, *La femme dans le ménage*, Paris, 1904, deuxième partie, section I, p. 144-233.

femme sur ses modiques épargnes [1]. — Mais cette conception, qui prétend maintenir la suprématie absorbante du pouvoir marital, en faisant leur part aux qualités propres de l'époux, reste encore loin de satisfaire tous les desiderata légitimes de la vie. Elle ne met pas directement la femme à l'abri des volontés hostiles de son mari et, en lui épargnant la responsabilité personnelle de ses engagements, elle entrave l'autorité de son action et ne donne pas pleine extension à son crédit [2]. — Pour corriger ces défaillances, pour assurer tout l'efficace du pouvoir ménager de la femme et n'y admettre de contrôle que celui de l'autorité sociale, il faut aller jusqu'à l'idée d'un droit propre de la femme, formant emprise, directe et définitive, sur l'omnipotence antérieure du mari, et faisant participer la femme, dans la sphère qu'on lui réserve (sphère ménagère, au minimum), à la gestion même de l'association conjugale [3]. Telle est l'idée, qui paraît avoir inspiré, en quelque mesure, certaines dispositions du Code civil suisse du 10 décembre 1907, légèrement plus favorables à l'indépendance de la femme mariée que les dispositions correspondantes du Code civil allemand [4].

1. Voy. surtout, à cet égard : A. Aftalion, *Les lois relatives à l'épargne de la femme mariée,* thèse de doct. Droit, Paris, 1897-*1898,* p. 93-126, p. 138-146, p. 148-169, p. 179-201 ; — et les observations de M. Morizot-Thibault, rapportées dans *Bulletin de la Société d'études législatives,* 1901-1902, t. I, p. 61-63. — Comp. P. Binet, *op. cit.,* p. 315, note 2. — Voy. aussi loi du 20 juillet 1886, relative à la Caisse nationale des retraites pour la vieillesse, art. 13, al. 4, et loi du 1er avril 1898, relative aux sociétés de secours mutuels, art. 3, al. 2.

2. Voy. surtout : P. Binet, *La femme dans le ménage,* Paris, 1904, p. 227-233, p. 239-242.

3. Voy. P. Binet, *La femme dans le ménage,* Paris, 1904, p.306-308, p. 318-322, p. 327-333, p. 334-336.

4. Voy. Code civil suisse du 10 décembre 1907, art. 161, al. 3, art. 162-166 cbn. art. 192, al. 2, 200, al. 3, 203, 206 n° 3, 208 n° 3, 216, al. 3, 219 n° 2, 221 n° 3, 243, al. 1 et 3. — Et, sur les dispositions homologues de l'avant-projet, plus libéral, en ce que, s'il laissait au mari la faculté de restreindre le droit de la femme, il ne permettait qu'au juge, sur la requête du mari, de l'en déclarer déchue

Elle a reçu, dans notre législation française, une consécration partielle, mais assez nette, pour la sphère d'activité libre, qu'a ouverte à la femme mariée la loi du 13 juillet 1907[1]. Et il est permis de croire qu'elle se développera davantage encore dans l'avenir[2].

Or, il importe de remarquer qu'en ouvrant ainsi à la femme une sphère d'activité vraiment indépendante et, en quelque sorte, parallèle à l'activité, demeurée prépondérante, du mari, nous entendons traduire, aussi précisément que possible, en termes juridiques, ce que nous tenons pour une réalité morale et sociale de l'heure actuelle[3]. Ainsi, nous ne sommes plus en présence d'un

---

(voy. art. 186-189 de l'avant-projet du département fédéral de justice et police, de 1900) : P. Binet, *La femme dans le ménage,* Paris, 1904, deuxième partie, section II, p. 243-289, surtout p. 256-257, p. 271, p. 280-282, p. 285-286. Voy. pourtant p. 265-269, p. 277-279, p. 287-289.

1. C'est ce qu'indiquent bien certaines paroles de M. Guillier, rapporteur du projet au Sénat : « Pour que la femme ait une protection efficace, il convient que la liberté de son salaire lui soit accordée de plein droit. Et cette prérogative aura sa source, non pas dans un mandat tacite et révocable de son mari, comme il a été fait à l'occasion de la loi de 1881 sur les caisses d'épargne, mais dans la loi elle-même qui lui constituera à cet égard un droit propre qu'elle exercera dans tous les régimes » (*Journal officiel* du 15 mai 1907, Sénat, *Débats parlementaires,* session ordinaire de 1907, p. 621). — On sait que, finalement, le droit de la femme à son libre salaire a même été consacré comme d'ordre public. Loi du 13 juillet 1907, art. 1 et 2. Voy. R. Saleilles, *Le principe du libre salaire de la femme mariée érigé en règle d'ordre public,* dans *Bulletin de la Société d'études législatives,* 1907, t. VI, p. 563-595, notamment p. 566.

2. Cons. notamment les travaux de la Société d'études législatives, sur les modifications à apporter aux droits et pouvoirs de la femme mariée quant aux biens et aux produits du travail et de l'industrie (question n° 1), dans *Bulletin de la Société d'études législatives,* 1901-1902, t. I, *passim.* — P. Binet, *La femme dans le ménage,* Paris, 1904, troisième partie, p. 291-336. Et, pour la possibilité de réaliser ces idées en droit positif : Préface de Fr. Geny, p. xiv, p. xix-xxviii. — Voy. aussi J. Hémard (Note sous Req. rej., 8 novembre 1905), dans *Sirey,* 1907, 1, p. 147, col. 1-2.

3. Comp. P. Binet, *La femme dans le ménage,* Paris, 1904, p. 139-

concept artificiel, visant au soutien d'une pure construction juridique. Au vrai, nous sommes sortis du domaine de la simple représentation imaginative, pour entrer dans celui de l'expression intellectuelle de la vérité des choses. — Et cet exemple, par lequel nous terminons, au contact des faits, l'épreuve de la théorie esquissée plus haut sur le rôle technique des concepts et constructions juridiques[1], nous suggère de plus, à titre d'enseignement précieux, cette conclusion, que les efforts d'esprit, dont il s'agit, ne sont souvent qu'un instrument, d'usage provisoire et temporaire, qu'une jurisprudence plus avancée peut abandonner, en vue d'atteindre plus directement son but.

227. — Finalement, l'examen, consciencieux et critique, de quelques-unes des constructions juridiques, basées sur la représentation par concepts, qu'offre notre système de droit privé [2], ne peut que confirmer et renforcer les conclusions de l'analyse théorique, dont l'ensemble paraît pouvoir se résumer dans les termes suivants :

Les règles du droit, se dégageant des réalités sociales, sous l'empire du principe de justice qui domine tout le monde moral [3], ne doivent, en principe, être coulées dans le moule des procédés intellectuels, qu'en tant que ceux-ci sont nécessaires pour donner à ces directions de la vie une formule capable d'entraîner des volontés intelligentes. Et, moins les éléments artificiels de la pensée s'interposeront entre l'homme et la vie, plus efficace et plus sûre sera l'action des préceptes. De sorte que la réalisation

---

141, p. 164, p. 237-238, p. 297-298, p. 302-303, p. 306-307, p. 334-336.

1. Voy. ci-dessus, nos **217-223**, p. 187-211.

2. *Adde* encore : N. Titulesco, *Essai sur une théorie générale des droits éventuels,* thèse de doct. Droit, Paris, *1907*-1908, *passim,* notamment p. I-VII (préface); p. 17-34, p. 296-364.

3. Voy. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif,* II, Paris, 1915, notamment chapitre neuvième (XIV), p. 351-422.

idéale du droit tend à l'extrême réduction et jusqu'à l'effacement des constructions pures de l'esprit[1].

Toutefois, ces constructions, consistant en représentations imaginatives et agencements de concepts, conservent la vertu d'ordonner, en quelque façon, les réalités et de susciter des solutions, qui, mises à l'épreuve des faits, montreront leur fécondité et leur valeur. Par là même, elles méritent d'être conservées, tant que le contact entre le droit et la vie ne s'opère pleinement que par leur entremise. Elles doivent seulement être « informées » et, au besoin, « transformées », en vue de s'adapter pleinement aux réalités qu'elles prétendent traduire. N'ayant rien, en elles-mêmes, d'impérieusement nécessaire, elles ne valent, sous le constant contrôle des besoins pratiques, que par leur influence sur la vie. Et cette influence dépend elle-même de la plénitude, de l'homogénéité, de la clarté, de la simplicité, de la souplesse, des concepts qui sont à leur base[2].

1. Voy. ci-dessus, p. 194-195 (n° **218**) et n° **220**, p. 198-204. — Comp. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, I, Paris, 1914, n^os^ **44-47**, p. 126-140, et n° **50**, p. 146-150.
2. Voy. ci-dessus, n^os^ **221-223**, p. 204-211.

CHAPITRE SEPTIÈME (XXI)

PRÉSOMPTIONS (DE DROIT) ET FICTIONS ENVISAGÉES COMME MOYENS DE LA TECHNIQUE JURIDIQUE

SECTION I

PRÉSOMPTIONS DE DROIT

SECTION II

FICTIONS JURIDIQUES

228. — Entre tous les procédés intellectuels, dont le chapitre précédent (chapitre sixième [XX]) a marqué les traits généraux et fixé la place dans l'ensemble du système, on en peut dégager deux, particulièrement caractérisés, qui ont pris, au sein de l'élaboration du droit (notamment du droit privé), une place éminente et qui méritent d'être envisagés à part, comme des moyens, plus concrets et plus nettement expressifs, de cet effort d'artifice, où nous avons vu le critérium distinctif de la technique juridique[1] : les *présomptions de droit* (ou légales) et les *fictions*.

---

1. Voy. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, I, Paris, nos **33-34**, p. 96-100, et surtout ci-dessus, nos **182-184**, p. 16-26.

A vrai dire, ces procédés ne forment guère plus qu'un prolongement et une précision de celui du concept. Ce sont des concepts, spécifiquement adaptés au rôle que leur assigne l'élaboration technique. — Et, pour s'en rendre compte de suite, il suffit de considérer, par exemple, les présomptions légales, qui, en cas de morts, survenues dans un même événement, de plusieurs personnes (*commorientes*), ayant, les unes respectivement aux autres, des droits subordonnés à la condition de survie, fixent, suivant des critères précis mais de portée douteuse (âge, sexe), et à défaut d'indices de fait suffisants, l'ordre, en réalité, incertain, des décès (voy., par exemple, art. 720-722 C. civ. franç.), ou bien une fiction de droit nettement caractérisée, telle que celle de la continuation par les héritiers ou certains d'entre eux de la personne du défunt. — Dans l'un et l'autre cas, la règle désirable n'est obtenue que par le moyen d'une représentation, quelque peu arbitraire, de l'esprit. Seulement, cette représentation répond ici, plus directement qu'en d'autres hypothèses, au but propre de la prescription juridique. Par là même, elle marque mieux, en le détachant de toute autre considération, son rôle d'instrument de la technique du droit. Et, c'est pourquoi elle paraît digne d'une attention spéciale, en vue de pénétrer plus à fond, par le moyen d'applications saisissantes et tangibles, le fonctionnement et la valeur pratique du mécanisme intellectuel, dans la mise en œuvre du droit positif.

Les présomptions légales et les fictions de droit se rapprochent visiblement, en ce que, par un effort de l'esprit, elles tendent à modifier quelque peu la réalité, telle qu'elle nous apparaît ingénument, en vue de produire ou de faciliter certaines fins pratiques. Leur base commune paraît se trouver en l'idée d'une cohérence logique, que certains caractères dominateurs feraient prévaloir, dans les situations juridiques, sur les contingences, variables et infinies, des faits. Et, cette idée, issue elle-même du « sens de l'identité [1] », justifiera, dans un prolongement plus

affiné, l'extension par analogie[1]. — Mais, tandis que la présomption légale se base sur des vraisemblances, et ne fait que généraliser, un peu témérairement, voire même contrairement au cours heurté des choses de la vie, du moins, suivant la direction normale, et moyennant une conception optimiste de l'ordre du monde, des solutions isolées et fragmentaires, la fiction fait plus nettement front contre le naturel, ou ce que nous tenons pour tel, et, de parti pris, elle le méconnaît, le retourne ou le renverse, elle porte un défi violent à ce que la vue du monde semble nous imposer, pour aboutir, suivant une conception moins aveugle et plus consciente, à un résultat en harmonie avec nos désirs. — Malgré tout, ce n'est guère, entre les deux procédés, qu'une différence de degré, puisque, de part et d'autre, on voit l'artifice de la pensée corrigeant l'inconsistance ou la contingence de la vie, dans un but général d'ordre idéal. Des deux côtés, se produit ce phénomène de technique juridique fondamentale, que nous avons dénommé la *réduction simplificatrice des éléments substantiels du droit*[2] : par *substitution du quantitatif au qualificatif*[3], dans le cas des présomptions légales ; par *élimination artificielle des conditions juridiques des règles*[4], dans celui des fictions.

---

1. Voy. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, I, Paris, 1914, p. 157-158 (n^os **53-54**) ; p. 161 (n° **56**). — Comp. R. von Jhering, *Geist des römischen Rechts*, III, 1, t. IV, 4 A., Leipzig, 1888, p. 310 (§ LVIII, *in fine*). *Esprit du droit romain*, trad. de Meulenaere, 3e éd., t. IV, Paris, 1888, p. 301 (§ **68**, *in fine*). — *Adde* ci-dessous, n° **243**.

2. Comp. ci-dessus, n° **196**, p. 52-59, notamment p. 58, texte et note 5.

3. Comp. ci-dessus, n° **197**, p. 59-69, notamment p. 61, texte et note 1.

4. Comp. ci-dessus, n° **198**, p. 69-81. — Voy. aussi : R. von Jhering, *Geist des römischen Rechts*, II, 2, t. III, 4 A., Leipzig, 1883, p. 382-383 (§ XLI). *Esprit du droit romain*, trad. de Meulenaere, 3e éd., t. III, Paris, 1887, p. 74 (§ **46**).

229. — Ce premier aperçu suffit à montrer, comment les procédés, dont nous abordons ici l'étude, appartiennent au fonds le plus intime, et, pour ainsi dire, à la substance même, de la technique du droit [1]. Aussi bien, si l'on voulait les prendre en ce qu'ils ont de plus général, on en retrouverait aisément l'influence pénétrante dans toutes les applications de cette technique. Mais le but, que nous poursuivons en ce chapitre [2], nous invite plutôt à les isoler et les spécifier, par une analyse aussi serrée que possible, de façon à mieux pénétrer leur action propre.

Présomptions et fictions se rencontrent, à chaque pas, au cours de l'élaboration du Droit. Et, il n'est aucune partie de celui-ci, que ces moyens artificiels ne fécondent et ne développent. On sait, notamment, la place importante, qui revient aux fictions, non seulement dans le droit constitutionnel [3], mais dans le droit public général [4], ou dans le droit international [5], et l'aide précieuse, indispensable même, à vrai dire, que les présomptions apportent au publiciste [6]

---

1. Comp. notamment : F. MALLIEUX, *L'exégèse des codes et la nature du raisonnement juridique*, Paris, 1908, p. 146, p. 153-171.

2. Voy. ci-dessus, p. 260-261 (n° **228**).

3. Notamment de l'Angleterre.

4. Sur l'état de siège et l'état de guerre *fictifs*, cons. J. BARTHÉLEMY (*Le droit public en temps de guerre*), dans *Revue du droit public et de la science politique*, 1915, t. XXXII, p. 139-140, p. 151-153. — Sur les fictions, en matière financière, voy. ci-après, n° **241**.

5. Pour la critique de la fiction d'exterritorialité, cons. L. LECOCQ, *De la fiction comme procédé juridique*, thèse de doct. Droit, Paris, 1913-*1914*, p. 162-167. — Sur la fiction d'un « contrat de guerre » chez KANT, voy. L. LE FUR, *Guerre juste et juste paix* (extrait de la *Revue de droit international public*), Paris, Pedone, 1920, p. 24-26.

6. Qu'il me suffise de rappeler ici la présomption de conformité des actes du pouvoir à la règle de droit, que j'avais signalée dans un compte rendu critique du tome I de *L'État, le droit objectif et la loi positive* de L. DUGUIT (dans *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1901, N. S., t. XXX, p. 508), et qui a été plus amplement expliquée par M. HAURIOU, *Les idées de M. Duguit*. Elle est reprise encore chez H. BERTHÉLEMY (*Le fondement de l'autorité politique*), dans

comme au criminaliste [1]. — Mais, pour y être plus dissimulées, les présomptions et les fictions, n'ont pas joué un moindre rôle dans la constitution et l'évolution du droit privé, où semble apparaître, d'ailleurs, leur terrain d'éclosion originaire [2]. En tout cas, et suivant le programme que nous nous sommes tracé [3], c'est ce domaine que nous considérerons à peu près exclusivement, en cherchant à reconnaître la fonction spécifique de ces procédés.

Leur importance fondamentale ne semble pas, à l'heure actuelle, universellement admise. Le caractère, factice ou empirique, qu'ils présentent au premier aspect, a incliné bien des esprits vers l'idée, que ce ne seraient que des expédients temporaires, qui devraient s'effacer, voire même disparaître, au profit de moyens plus sincères et plus rationnels, par l'effet du progrès juridique. Il y a là un point, que nous ne saurions négliger. — Mais, ce qui est certain *a priori*, c'est que les présomptions et les fictions,

---

Revue du droit public, 1915, t. XXXII, p. 666-670, qui justifie, par sa nécessité de fait, « la présomption de justice, de légalité, d'opportunité des actes accomplis par les autorités constituées ».

1. Voy., par exemple : Ed. Bonnier, *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel*, 5e éd. F. Larnaude, Paris, 1888, nos **820-834**, p. 663-672, et nos **847-859**, p. 682-691. — Comp. J.-W. Hedemann, *Die Vermuthung nach dem Recht des deutschen Reiches*, Jena, 1904, § **34**, II-IV, p. 185-196. — Voy. encore : Ed. Clunet (*Le commerce avec l'ennemi et les listes noires*), dans *Journal du droit international privé*, 1916, t. XLIII, p. 1510. — *Adde*, sur la présomption simple de prostitution par inscription sur le registre des filles publiques : Crim. rej., 11 novembre 1915, dans *Sirey*, 16, Bulletin des sommaires, 1re partie, p. 4. — Voy. aussi, sur une présomption, tendant à justifier la responsabilité pénale du chef d'entreprise pour le fait de ses ouvriers : J.-A. Roux, Note sous Crim. cass., 15 et 28 juin 1917, *Sirey*, 20. 1. 329, qui paraît confondre présomption légale et fiction.

2. En tenant compte de ce fait, que le droit pénal a fait longtemps partie du droit privé.

3. Voy. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, I, Paris, 1914, p. 18-19 (no **6**).

d'après l'expérience que nous en fournit le droit envisagé historiquement et jusqu'à sa mise en œuvre actuelle, font partie, en fait, du « matériel d'exploitation », indispensable au jurisconsulte. Par là même, et d'un point de vue purement réaliste [1], nous devons les tenir pour imposées par la nature même des choses, sauf à douter si elles le sont absolument et nécessairement à jamais [2].

En les rattachant à la technique juridique, en y voyant franchement des moyens artificiels d'obtenir, par une déformation violente de la pensée, naturellement conforme aux seules réalités, certains résultats de droit, j'espère montrer, qu'elles perdent leur apparence étrange et mystérieuse, qu'en même temps elles dépouillent leur raideur tranchante, bref qu'elles se révèlent tout ce qu'elles sont véritablement, des moyens normaux et souples de l'interprétation juridique.

Mais, pour vérifier ce qui n'est jusqu'ici qu'une hypothèse, il est nécessaire d'étudier, de plus près et successivement, les deux procédés rapprochés en ce chapitre.

SECTION I

PRÉSOMPTIONS DE DROIT

230. — La notion de présomption, dans son sens, le plus général, et presque vulgaire, — marquant anticipation du jugement sur une réalité insuffisamment connue, ou mieux,

---

1. Comp. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif,* I, Paris, 1915, p. 16-17 (n° **5** *bis*).

2. Sur les fictions et les présomptions légales, en général, comp. F. Mallieux, *L'exégèse des codes et la nature du raisonnement juridique,* Paris, 1908, p. 154-171 (chapitre IV). — On verra, par les développements du présent chapitre, que le législateur contemporain fait encore un fréquent usage, sinon des fictions, du moins, des présomptions de droit.

acte volontaire de l'esprit, tenant pour certain ce qui est douteux, pour avéré ce qui est tout au plus probable [1], — joue un rôle capital dans l'ensemble du droit positif. On la rencontre, plus ou moins consciente d'elle-même, parfois nettement visible, parfois subtilement dissimulée, à la base d'un grand nombre de règles juridiques. — Ainsi, soit qu'on rattache l'incapacité de certaines personnes à un défaut d'âge dénotant en moyenne l'immaturité de l'intelligence ou de la volonté (minorité) [2], ou bien aux résultats d'une procédure qui a constaté un état habituel de démence (interdiction), soit qu'on détermine le contenu d'actes juridiques, brièvement conclus, d'après la volonté probable de leurs auteurs, soit même, qu'à défaut de toute volonté régulièrement exprimée, le législateur décide l'attribution des successions *ab intestat*, ou le régime matrimonial de droit commun, suivant les idées qu'il suppose répondre au sentiment général de la communauté juridique, soit que, pour fixer un critère de responsabilité, il y ait lieu d'induire la faute de circonstances la rendant simplement plausible, soit encore, qu'en vue d'assurer la stabilité des situations acquises, on doive nécessairement se fier à l'effet du temps (prescription), ou aux décisions de justice rendues avec toutes les garanties requises (chose jugée), soit enfin

---

1. Cons. le mot « Présomption », dans *Vocabulaire technique et critique de la philosophie,* publié par le *Bulletin de la Société française de philosophie,* Paris, A. Colin, 1913, t. XIII, p. 214, col. 1 et 2. — La présomption de droit peut même, parfois (exceptionnellement, à coup sûr), statuer en dehors des probabilités. On en verrait un exemple, dans le § 20 du Code civil allemand de 1896 : « Si plusieurs personnes ont péri dans un danger commun, il est présumé qu'elles sont décédées au même moment » (Trad. du Comité de législation étrangère). Comp. ci-après, p. 287, note 3 (n° **233**). Il est vrai que cette prétendue présomption ne fait qu'exprimer la conséquence forcée de tout défaut de preuve (Comp. art. 32, al. 2, C. civ. suisse, 10 décembre 1907). *Non videtur alter alteri supervixisse* (Marcianus, *Dig.* 34. 5, *De rebus dubiis,* fr. 18, pr.).

2. Comp. ci-dessus, p. 59-60 (n° **197**).

que toute l'interprétation du droit positif reste sous l'empire d'une plénitude admise du système juridique, où se doivent puiser toutes les règles postulées par la vie (voy., par exemple, art. 4 C. civ. franç. et art. 7 L. 30 ventôse an XII)[1]; en tous ces cas, et en mille autres, qu'on leur pourrait joindre, se laisse aisément découvrir la même opération intellectuelle, consistant à dissiper les incertitudes ou les troubles des situations et des concepts, au moyen d'une affirmation audacieuse, qui tranche violemment le débat possible dans le sens le plus conforme à ce que l'ordre des choses permet normalement d'attendre. — L'usage fréquent de ce procédé s'explique sans peine, si l'on considère, d'une part, tout ce que le monde à régir enferme d'obscurités et d'équivoques, à proprement parler invincibles, d'autre part, la sécurité et la précision, que postule, en dépit de tous obstacles contraires, la réalisation pratique du Droit. Le seul moyen de résoudre pareille antinomie, c'est de transformer les doutes en vérités, les hésitations en certitudes; et ce résultat ne s'obtient rationnellement, que par un effort de l'esprit, se basant sur les suggestions de l'expérience acquise, pour conformer ses décisions à ce que postule la normalité, qui domine toute la vie morale et sociale de l'humanité. — Au fond, l'évidence est chose extrêmement rare, sinon inouïe, dans l'ordre des valeurs, que représente la mise en œuvre pratique de la justice[2]. Et, comme celle-ci, qui tend à l'ordre, ne peut procéder que sur des bases fermes, elle devra se les constituer elle-même

1. Cette présomption peut, d'ailleurs, si on l'applique à la seule législation écrite, dégénérer en fiction dangereuse. — Voy. Fr. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2e éd., Paris, 1919, n° **81** *bis*, t. I, p. 193-199. *Adde* : p. 200-203 (n° **81** *ter*).

2. Cons. E. Bierling, v° Rechtsvermuthungen, dans *Encyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer und alphabetischer Bearbeitung*, de Fr. von Holtzendorff, 3 Auflage. II Theil, *Rechtslexikon*, t. III[1], Leipzig, 1881, p. 301-307.

par le moyen du probable et du plausible, dont toute direction de conduite doit le plus souvent se contenter. — C'est donc un phénomène courant de notre mentalité, qui s'érige ici en expédient de l'organisation juridique. Le juge primitif, ayant à dirimer les litiges d'après les seules inspirations de l'équité, en suit irrésistiblement l'attrait. Plus tard, le législateur l'emploie dans l'établissement de ses préceptes généraux. Et, le jurisconsulte ne peut lui-même se dispenser d'y recourir, quand il s'agit de mettre à effet les règles, innées ou acquises, qui servent d'assiette à ses décisions [1].

Ainsi envisagée, la présomption nous apparaît, *a priori*, parmi les instruments de l'élaboration technique du droit, puisqu'elle n'est qu'un artifice de la pensée consciente, informant les choses en vue du but, que poursuit l'ordre juridique [2]. Mais, tant qu'on lui conserverait une généralité aussi diffuse, il serait malaisé d'y découvrir un procédé spécifique, méritant d'être étudié à part. Elle tend, en effet, par son extension et sa flexibilité mêmes, à se confondre avec cette *réduction simplificatrice des éléments substantiels du droit*, où nous avons vu comme le prototype indéterminé des opérations intellectuelles de la technique juridique fondamentale [3]. C'est à peine, si elle en représente un aspect, légèrement nuancé par les circonstances ordinaires de son emploi. Elle reste, en tout cas, susceptible d'applications trop variées et trop hété-

---

1. Le rôle capital de la présomption, dans la formation et l'interprétation du droit en général, est bien mis en relief par P. Vander Eycken, *Méthode positive de l'interprétation juridique*, Bruxelles et Paris, 1907, nos **53-58**, p. 103-109. — Cet auteur en fait une application constante dans la suite de son ouvrage.

2. Comp. ci-dessus, no **182**, p. 16-19. — *Adde :* nos **183-184**, p. 19-26.

3. Voy. ci-dessus, no **196**, p. 52-59 cbn. no **186**, p. 30-31. — *Adde :* nos **197-198**, p. 59-81.

rogènes, pour se prêter à l'examen, pénétrant et fécond, qu'il importe de tenter à cette place[1].

Si l'on veut reconnaître, dans la présomption, les particularités techniques, qui permettent de lui assigner une figure distincte et une vertu propre, il la faut spécifier, d'après son domaine d'application originaire (philosophiquement parlant), où se marquent le mieux sa nécessité et son jeu. — Or, ce domaine est celui de la *preuve* des faits et circonstances, servant de *substratum* indispensable aux décisions du droit proprement dit. Ici, en effet, manquent les éléments dogmatiques, qui permettent de suppléer, directement et d'autorité, aux insuffisances du « donné[2] ». S'agissant de constater une situation de fait, — pour lui appliquer ultérieurement le droit, — si la justification directe de son évidence n'est pas fournie[3], force est bien de se contenter d'une probabilité, fondée sur des indices, qui ne révèlent le point essentiel à fixer qu'au moyen d'une induction[4], susceptible de force variable, et dont l'effet

---

1. Ci-dessus, p. 260-261 (n° **228**) et p. 262 (n° **229**).

2. Comp. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, II, Paris, 1915, *passim*, notamment n°s **68-69**, p. 1-10; p. 293-294 (n° **140**); p. 349-350 (n°s **158-159**); n° **161**, p. 353-354; n°s **166-177**, p. 369-422.

3. Ceci doit s'entendre *secundum subjectam materiam*, c'est-à-dire en tenant compte des possibilités relatives de la preuve juridique, plutôt qu'au point de vue absolu de la démonstration philosophique. — Comp. les développements, encore intéressants bien qu'un peu anciens, d'Ed. Bonnier, *Traité des preuves*, 5e éd. F. Larnaude, Paris, 1888, n°s **6-34**, p. 4-20. Rapp. ci-après, p. 272, note 4 (n° **231**).

4. Quoi qu'on en ait pu dire (voy. notamment : M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 8e éd., t. II, Paris, 1921, p. 4, note 2 [n° **12**]), il s'agit bien ici, non d'une simple inférence, mais d'une véritable induction. Comme toute induction, celle-ci s'appuie sur le principe de la constance des lois de la nature, soit physique, soit morale, principe qui paraît bien ne se pouvoir justifier que par la métaphysique. — Comp. E. Bonnier, *Traité des preuves*, 5e éd., Paris, 1888, n°s **12-16**, p. 8-12. — Et, pour la critique : P. Geffroy, *Essai sur les*

peut aller jusqu'à exclure toute tentative d'une démonstration contraire. — Ainsi, par le canal de la preuve, et en restant sur le terrain du fait, on crée des solutions proprement juridiques.

D'ailleurs, il n'est pas à contester, qu'en cet emploi, plus nettement spécifié, la présomption conserve la même nature essentielle. C'est toujours une anticipation du jugement, ou, plutôt encore, une décision de la volonté, suppléant à l'infirmité de l'intellect. Mais, par cela seul qu'elle laisse poser la question de la preuve contraire, elle montre mieux son caractère artificiel et révèle ainsi sa faiblesse, en même temps qu'elle fait sentir sa valeur propre. D'autre part, son examen permet de saisir, sur le vif, le lien étroit qui unit le fond du droit à la preuve des faits lui servant de matière. Et, les conclusions, qu'il autorise, pourront être aisément généralisées, en vue d'éclairer l'ensemble même de la théorie.

C'est donc, en nous cantonnant strictement sur le terrain de la preuve, que nous voudrions, d'abord (§ I, nos **231-235**), afin de saisir, du plus près possible, le rôle technique de la présomption, et sans entrer dans le développement des questions d'interprétation que soulèvent ses nombreuses applications[1], chercher à en préciser la

---

présomptions légales en matière civile, thèse de doct. Droit franç., Paris, 1890-*1891*, nos **121-125**, p. 159-167.

1. Les développements, les plus nets, tendant à « épurer » la notion de la présomption juridique de tous les éléments étrangers, dont elle a été trop longtemps obscurcie, ressortent, parmi les travaux modernes, des pages de J. Unger, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts,* 4 A., t. II, Leipzig, 1876 (la première édition, peu modifiée par la suite, date de 1859), § **130**, p. 577-601. — Le sujet a été approfondi, avec une subtilité souvent excessive, par H. Burckhard, *Die civilistischen Präsumtionen*, Weimar, 1866. — On le trouve, encore renouvelé et adapté à la récente législation civile de l'Empire allemand, chez J.-W. Hedemann, *Die Vermuthung nach dem Recht des deutschen Reiches,* Jena, 1904. — Voy. aussi : G. Kuttner, *Rechtsvermutungen aus Akten der freiwilligen Gerichtsbarkeit,* dans

notion exacte, reconnaître les principales raisons d'être de son emploi, signaler ses effets propres, en montrant les degrés divers de son intensité, enfin découvrir les sources créatrices d'où elle peut provenir. — Une fois bien saisie, dans le domaine primordial et spécifique de son action, la présomption de droit se découvrira aisément, sous l'aspect plus large que lui ouvre sa portée intégrale et que nous devrons, ensuite (§ II, n^os **236-238**), considérer. — En utilisant, pour cette double étude, les textes légaux, qui peuvent nous fournir quelques points d'appui[1], nous n'oublierons pas que nous traitons une matière d'ordre méthodologique, où les solutions légales, souvent adultérées par des confusions, voire des erreurs théoriques[2],

---

Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, 1912, t. 61, p. 109-178. — O. Fischer, *Zur Lehre von der Rechtsvermuthung*. Besprechung eines Reichsgerichtsurteils, dans *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, 1913, t. 63, p. 269-308. — *Adde*, encore, pour un résumé de la doctrine allemande : Windscheid-Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9 A., t. I, Francfurt a. M., 1906, § **133**, notamment p. 678-679 et 680. — En France, — mis à part les ouvrages généraux de droit civil, en tête desquels il convient de citer : Merlin, *Répertoire de jurisprudence*, et *Questions de droit*, v° *Présomption*, — il n'est guère à signaler, comme ayant exposé l'ensemble du sujet, que quelques thèses de doctorat. La plus personnelle semble celle, déjà ancienne, de : P. Geffroy, *Essai sur les présomptions légales en matière civile*, Paris. 1890-*1891*. — Il convient de mentionner aussi : G. Aron, *Théorie générale des présomptions légales en droit privé*, thèse de doct. Droit, Paris, 1894-*1895* ; — et A. Dumora, *Essai sur les présomptions en droit civil*, thèse de doct. Droit, Bordeaux, 1900-*1901* ; — enfin, d'un point de vue plus spécial : J. Berland, *Essai d'une théorie générale des présomptions envisagées comme moyens de preuve pour l'Administration de l'enregistrement*, thèse de doct. Droit, Dijon, 1900-*1901*.

1. Notamment, pour le droit français, les articles 1349-1353 du Code civil (liv. III, tit. III, chap. vi, sect. iii, et les textes visant des applications spéciales de présomptions. — Pour le récent droit allemand, cons. J. W. Hedemann, *Die Wermuthung nach dem Recht des deutschen Reiches*, Jena, 1904, §§ **22-24**, p. 117-134 ; § **37**, p. 219-227. — Et, sur l'interpolation des textes romains, relatifs à notre matière : *ibid.*, §§ **2-5**, p. 6-27.

2. C'est le cas, notamment, des textes du Code Napoléon, qui ne

ne s'imposent que dans la mesure des décisions positives qu'elles renferment[1], alors surtout que l'enchevêtrement des adaptations si diverses de la notion générale de présomption ne permet pas de discerner toujours la part exacte, que le législateur a entendu faire à chacune d'elles.

I

231. — La théorie juridique de la preuve est de celles, où se révèle au mieux le besoin de cette *réalisabilité formelle du droit,* qui nous est apparue comme le but capital et essentiel de la technique juridique[2]. — Du moment que les faits et circonstances ne peuvent comporter des conséquences de droit, qu'à la condition d'être positivement démontrés, cette démonstration même constitue le terrain nécessaire de l'adaptation des préceptes rigides à la vie molle et fuyante[3], son jeu nous en fait voir les difficultés principales, aussi bien que les moyens les plus topiques; ainsi s'offre comme un champ d'expérimentation choisi à la technique du droit[4]. — En même temps, d'ailleurs, les éléments premiers de la preuve restent dominés par quelques principes, issus du « donné » et ne relevant que de l'élaboration scientifique[5]. Ici, comme partout, il importe

---

font le plus souvent que résumer les conclusions de l'analyse insuffisante de POTHIER, *Traité des obligations,* quatrième partie, chapitre III, section II.

1. Rappr. Fr. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899, p. 241-245 (n° **101**); 2e éd., 1919, t. I, p. 278-283 (n° **101**).

2. Voy. ci-dessus, p. 34-35 (n° **188**).

3. Comp. Ed. BONNIER, *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel,* 5e éd. F. LARNAUDE, Paris, 1888, p. 3 (n° 4).

4. Comp. R. von JHERING, *Der Besitzwille,* Jena, 1889, p. 144-145. *Du rôle de la volonté dans la possession,* trad. de MEULENAERE, Paris, 1891, p. 125, avec les références.

5. Comp. Fr. GENY, *Science et technique en droit privé positif,* t. II, Paris, 1915, p. 275, texte et note 3 (n° **167**).

de séparer les artifices, proprement techniques, de ce qu'impose une nature des choses supérieure à tout arbitraire [1].

Quoi qu'il en soit, pour bien saisir le rôle spécifique, que jouent, en cette matière, et à titre d'instruments techniques, les présomptions de droit, il importe de rappeler, avant tout, les grands traits de cette théorie générale de la preuve juridique [2], en faisant, pour commencer, abstraction des éléments nouveaux, qu'y introduira, par la suite, l'intervention des présomptions.

On sait que la preuve juridique ne concerne, en réalité, que les *éléments de fait,* servant d'assiette indispensable aux règles proprement dites [3]. Pour que ces événements et circonstances se transforment, sous la pression des préceptes, en situations juridiques reconnues, il faut qu'ils soient certains ou tenus pour tels [4]; et cette question de certitude se posera, soit qu'on débatte en justice l'application d'un droit contesté, soit même, en dehors d'un procès,

---

1. Rappr. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif,* t. II, Paris, 1915, *passim,* notamment nos **166-170**, p. 369-389; nos **176-177**, p. 418-422.

2. Comp. A. Dellepiane, *Les sciences et la méthode reconstructives,* trad. E. Chauffard, Paris, 1915.

3. Le droit se discute, mais ne se prouve pas : *Jura novit curia.* Et, à supposer qu'on ait à faire connaître au juge un précepte, qu'il pourrait ignorer (coutume, loi étrangère), cette communication n'est pas assujettie aux règles de la preuve proprement dite. — Fr. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif,* 1re éd., Paris, 1899, p. 306-307; 2e éd., 1919, t. I, p. 352 (no **118**). — Comp. J. Unger, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts,* 4 A., Leipzig, 1876, § **129**, texte et notes 5-6, t. I, p. 553-554. — B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts,* 9 A. Th. Kipp, t. I, Frankfurt a. M., 1906, § **133**, note 2, p. 675. — Aubry et Rau, *Cours de droit civil français,* 4e éd., t. VIII, p. 151-152 (§ **749**, no 1, texte et notes 2, 3 et 4). — Ed. Bonnier, *Traité des preuves,* 5e éd. F. Larnaude, Paris, 1888, no **3**, p. 2-3.

4. La certitude juridique ne peut, d'ailleurs, d'après sa nature, être que relative. — Comp. J. Unger, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts,* 4 A., Leipzig, 1876, § **129**, note 2, p. 552.

toutes les fois qu'on prétendra obtenir une reconnaissance officielle du droit, qu'on appuie sur des faits allégués [1].

Encore faut-il, pour qu'on puisse parler d'un *problème de preuve*, que les faits, dont il s'agit, offrent matière à doute. Ils n'auraient pas ce caractère, si, par suite de l'évidence ou d'une notoriété équivalente, ils étaient manifestement incontestables, suivant les appréciations de la raison la plus exigeante [2]. Fussent-ils contestables, ils peuvent n'être pas contestés, quand ceux à qui on les oppose, et seuls qualifiés pour en repousser l'effet, en reconnaissent volontairement l'existence, dans les matières abandonnées au libre jeu des intérêts privés [3]. Pareil aveu, non

---

1. Ainsi, lorsqu'on prétend exercer un droit, qui suppose certaines qualités juridiques précises, comme si l'on veut se marier (art. 76 C. civ. franç.), faire opposition, comme mari, au retrait par la femme des sommes qu'elle aurait déposées en son nom à la caisse d'épargne (L. 20 juillet 1895, art. 16, al. 3), obtenir transfert, après décès, des titres nominatifs compris en une succession, dont on se dit héritier ; ou, tout simplement, exiger les arrérages échus d'une rente viagère (art. 1983 C. civ. franç.). (Cons., sur l'application de ce dernier texte : Req. rej., 26 mai 1868 et 9 juin 1869, *Sirey*, 69. 1, p. 76, p. 405.) — Voy. encore : circulaire du 13 janvier 1916 (sur loi du 30 décembre 1915), dans *Sirey, Legislation de la guerre,* t. III, p. 252, 3ᵉ cas. — La question de preuve se présente donc fort souvent en dehors du prétoire, bien qu'elle y soulève moins de difficultés, faute de contestation précise.

2. J. Unger, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts,* 4 A., t. II, Leipzig, 1876, § **129**, note 10, p. 555. — B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts,* 9 A. Th. Kipp, t. I, Frankfurt a. M., 1906, § **133**, note 3, p. 675. — F. Regelsberger, *Pandekten,* Leipzig, 1893, p. 693 (§ **195**, I). — Comp. Aubry et Rau, *Cours de droit civil français,* 4ᵉ éd., t. VIII, Paris, 1878, p. 153-154 (§ **749**-2°). — *Adde,* pour une application de cette idée : de Chesne, *Beweisfreiheit und Vermuthung,* dans *Rheinische Zeitschrift für Zivil-und Prozessrecht,* 1910, II Jahrgang, p. 303-307.

3. Sur la réserve impliquée par ces derniers mots, cons. Ed. Bonnier, *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit*

provoqué, constitue moins un mode de preuve, à proprement parler, qu'une cause de dispense de la preuve, dont il supprime, *a priori*, la nécessité[1].

C'est donc seulement en présence de faits, contestables et contestés, susceptibles, par ailleurs, des conséquences juridiques réclamées par les intéressés, que surgit le problème de la preuve. Et, si l'on écarte provisoirement toute influence des présomptions de droit proprement dites, pour s'attacher aux résultats des données naturelles et rationnelles, mises en œuvre à ce sujet par les autres moyens de la technique du droit, on peut en résumer les conclusions, suivant notre droit positif français actuel[2], en quelques principes assez simples : — 1° Avant tout, il faut déterminer à qui incombe la charge de la preuve à faire, en ce sens, qu'à défaut de celle-ci, la prétention émise devrait être écartée et le *statu quo* maintenu à l'encontre d'une réclamation non justifiée. Or, la position même de la question implique que la charge, ainsi comprise, doit incomber à celui qui émet une prétention tendant à modifier l'état de choses existant ou une situation acquise par une preuve antérieurement faite (comp. art. 1315 C. civ. franç.). Et, cette solution générale, qui s'appuie sur le rapport de l'exception à la règle (à défaut d'exception *établie*, la règle subsiste)[3] et s'adapte sans peine aux formules

---

criminel, 3e éd. F. Larnaude, Paris, 1888, p. 80, note 3 (n° **99**). *Adde* : p. 312-313 (n° **352**).

1. J. Unger, *op. cit.*, § **129**, texte et notes 7-9, t. I, p. 554-555. — B. Windscheid-Th. Kipp, *op. cit.*; t. I, § **133**, note 3, p. 675. — F. Regelsberger, *op. cit.*, p. 693 (§ **195**, I). — Comp., sur le caractère propre de l'aveu : Aubry et Rau, *op. cit.*, 4e éd., t. VIII, § **749**, note 29, p. 159-160.

2. On sait que les principes généraux de la théorie civile des preuves ont été formulés par le Code Napoléon, à propos des obligations. Livre III, titre III, chap. vi, art. 1315-1369. — Ces textes sont complétés, au point de vue de la procédure, par le Code de procédure civile de 1806, art. 14, art. 34-43, art. 119-121, art. 188-336, art. 407-413, art. 427-432, art. 470, art. 1035.

3. Voy. J. Unger, *op. cit.*, § **130**, note 44, t. II, p. 595. *Adde* :

diverses proposées pour la traduire [1], ne saurait être écartée, en soi, par la difficulté, voire même l'impossibilité, des preuves à produire [2]. Elle use toutefois, pour se réaliser pleinement, de la notion vulgaire de présomption [3], puisque l'idée de probabilité, de plausibilité, permet seule souvent de préciser la situation normale, contre laquelle la preuve doit être faite [4]. Il n'y a là, en réalité, qu'un moyen

---

notes 45 et 46, p. 596-597. — Comp. F. Regelsberger, *op. cit.*, p. 696 (§ **195**, texte et notes 8-9), qui propose l'opposition du *normal* à l'*anormal*.

1. Voy. notamment : J. Unger, *op. cit.*, § **129**-III-IV, t. II, p. 555-577. — *Adde* : §§ **123-126**, t. II, p. 447-517, *passim*. — B. Windscheid-Th. Kipp, *op. cit.*, § **133**, n° 1, texte et notes 4-8, t. I, p. 674-678. *Adde* : note annexe de la p. 680. — F. Regelsberger, *op. cit.*, § **195**, II, 1-3, p. 693-697. — Ed. Bonnier, *Traité des preuves*, 5e éd. F. Larnaude, Paris, 1888, nos **36-37** *ter*, p. 21-24. — Aubry et Rau, *op. cit.*, 4e éd., t. VIII, p. 154-158 (§ **749**, n° 3).

2. Il serait étrange, en effet, que la difficulté, et, à plus forte raison, l'impossibilité de la preuve à fournir suffît à assurer, à celui qui émet une prétention juridique contraire à la situation normale, la position avantageuse de l'attente. — Comp., et spécialement en ce qui concerne la prétendue dispense de prouver les faits négatifs : Ed. Bonnier, *Traité des preuves*, 5e éd. F. Larnaude, Paris, 1888, n° **39-42**, p. 24-27, et surtout n° **44**, p. 27-28. — Aubry et Rau, *op. cit.*, § **749**, texte et notes 14-17, t. VIII, 4e éd., p. 155-156. — J. Unger, *op. cit.*, § **129**, texte et notes 20-21, t. II, p. 561-562. — F. Regelsberger, *op. cit.*, § **195**, II, 3, p. 696-697 (avec une réserve, texte et note 11).

3. Voy. ci-dessus, p. 264-265 (n° **230**, *initio*). On trouvera une application délicate de l'idée, énoncée au texte, dans Paris, 24 décembre 1912, *Sirey*, 14. 2. 140 (un candidat à une élection politique, ayant usé, pour faire sa campagne, d'une automobile appartenant à un entrepreneur, alléguait que cette voiture lui avait été remise, non en vertu d'un contrat de location, mais à titre de simple prêt à usage ; on a jugé qu'il lui incombe de faire la preuve de sa prétention, par les moyens de droit commun).

4. Sur l'importance, excessive et théoriquement inexacte, attribuée jadis aux présomptions, dans la solution du problème de la *charge de la preuve*, voy. notamment : J. Unger, *op. cit.*, § **130**, II, t. II, p. 586-595. — *Adde* : H. Burckhard, *Die civilistischen Präsumtionen*, Weimar, 1866, § **18**, p. 125-165. — E. Bierling, v° Rechtsvermuthungen, dans *Rechtslexikon*, 3 A., t. III, 1, Leipzig, 1881, p. 304-305, p. 306. — Et, comp. la position, un peu nouvelle, prise par J.-W. He-

rationnel de fixer l'application du principe, sans qu'on puisse y voir un artifice proprement technique, qui introduirait la convention ou l'arbitraire dans les données naturelles [1]. — 2° Une fois fixées les positions de chaque partie dans le débat, il s'agit de connaître les modes de preuve admissibles. La nature et la raison nous indiqueraient, comme tels, tous les moyens aptes à convaincre l'esprit de la vérité des faits en litige. Tout en prenant pour base ce principe général, notre droit positif a cherché à éviter ses dangers et à corriger ses excès, en bridant l'appréciation, autrement exubérante, du juge, par certaines règles légales, qui fixent les cadres des modes de preuve acceptables et limitent l'admissibilité de quelques-uns d'eux. D'ailleurs, il est clair que la loi ne fait que mettre en œuvre les idées naturelles, suivant lesquelles la preuve juridique repose essentiellement sur la force de l'aveu et la valeur du témoignage [2], quand elle reconnaît, comme modes de preuve principaux — en dehors de la constatation personnelle du juge (descentes sur lieux : art. **41-42**, **295-301** C. proc. civ.) ou des expertises : art. **42-43** et **302-323** C. proc. civ.) — les écrits, le temoignage oral, les indices ou présomptions de fait (art. **1316** C. civ. franç.). Elle fait une place privilégiee aux écrits (art. 1317-1338 C. civ. franç.), surtout aux écrits préconstitués comme preuves (actes ou titres, ou instruments, au sens probatoire), et, pour en assurer la rédaction, elle réduit, de parti pris, l'admissibilité des témoignages oraux (art. **1341-1348** C. civ.

———

demann. *Die Vermuthung nach dem Rechte des deutschen Reiches*, Jena, 1904, notamment p. 181 (§ **33**), p. 300 (§ **45**).

1. Comp., sur la charge de la preuve : R. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, 1911. Deuxième partie. II. Applications. Chapitre VIII, p. 542-565.

2. Comp. Fr. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, II, Paris, 1915, p. 375, texte et note 3 (n° **167**). — *Adde* : Ed. Bonnier, *Traité des preuves*, 5e éd. F. Larnaude, Paris, 1888, *passim*, notamment n° **26**, p. 15-16.

franç.), dont elle se défie, et des indices de fait (art. 1353 C. civ. franç.), qui ne constituent jamais qu'une preuve indirecte et supposent une induction délicate [1]. En même temps, elle réserve toute la valeur méritée par l'aveu (art. 1354-1356 C. civ.), du moins quand sa forme (écrite ou judiciaire) lui assure authenticité suffisante, mais sans se dissimuler le caractère exceptionnel de cette preuve, qui remet les intérêts de chacun à la seule bonne foi de son adversaire [2]. — 3° Enfin, à défaut des modes de preuve, puisés dans la nature des choses plus ou moins artificiellement modifiée par la loi, le droit positif a pu admettre parfois, comme une sorte de moyen extrême et désespéré, le recours à une puissance supérieure à la nature (jugements de Dieu), dont nous n'avons plus qu'une application, quelque peu rationnalisée, dans le serment (art. 1357-1369 C. civ.). Quand on fait intervenir le serment, soit décisoire, soit même supplétoire, en reconnaissant l'insuffisance des preuves normales dont on dispose, on accepte, en réalité, une affirmation, que garantit seul l'appel à Dieu, dont elle s'accompagne [3].

232. — Ce système général des preuves civiles, tel que le consacre notamment notre droit français, s'il garantit efficacement les intérêts contre l'abus des preuves inconsi-

---

1. Cons. notamment : H. CAPITANT, *Étude critique des restrictions apportées par les articles 1341 du Code civil français et du Code civil italien à la recevabilité de la preuve testimoniale*, dans *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1917-1918, t. XIV, p. 190-226. — *Adde* : J. GODRON, *La question de la liberté de la preuve en droit anglais*, *ibid.*, p. 226-238. — R. FERRARI, *Comparaison du système anglo-américain des règles de preuve et de la procédure dans les tribunaux de première instance en France*, *ibid.*, p. 238-250. — Comp. Ed. CUQ, *La théorie des preuves dans l'antiquité*, *ibid.*, p. 188-189.

2. Comp. AUBRY et RAU, *op. cit.*, § **749**, note 29, t. VIII[4], p. 159.

3. Comp. B. WINDSCHEID-Th. KIPP, *op. cit.*, § **133**, 2, b, t. I[9], p. 679. — Voy. aussi : AUBRY et RAU, *op. cit.*, § **749**, texte et note 28, t. VIII[4], p. 159.

dérées ou équivoques, resterait loin, par contre, réduit aux éléments indiqués jusqu'ici, de permettre une justification suffisante de toutes les situations méritant la protection du Droit. — C'est que, par leur nature même, les éléments constitutifs des droits subjectifs consistent le plus souvent en circonstances très précises, dont la démonstration adéquate ne se peut toujours faire pleinement et facilement, au moyen des modes de preuve autorisés par le droit objectif. Spécialement, quand on n'est en présence que de faits vagues, obscurs, équivoques, incertains, parfois même soigneusement dissimulés, d'où il faut dégager les éléments très nets du droit prétendu, on peut difficilement — la constatation personnelle du juge ou l'expertise étant ici hors de cause — compter sur les écrits, qui ne révèlent guère que la formule de conceptions ou volontés toujours bornées; les témoignages, dans les limites de leur admissibilité restreinte, apporteront rarement la lumière voulue; et, si les indices, ou présomptions de fait restent, dans les mêmes limites d'ailleurs, toujours possibles[1], il est bien téméraire de s'y fier, devant les exigences (présomptions graves, précises, concordantes : art. 1353 C. civ. franç.), que la loi impose fort justement à leur emploi par le juge; en tout cas, on ne les peut faire valoir que sous l'appréciation discrétionnaire des juges du fait[2]. Dès lors, on s'en trouverait réduit — à supposer encore que la matière le

1. Comp., sur les présomptions de fait : E. Bierling, v° Rechtsvermuthungen, dans *Rechtslexikon*, 3 A., t. III, 1, Leipzig, 1881, p. 302.

2. Le contrôle de la Cour suprême se trouve donc exclu. — Voy. notamment : Req. rej., 11 novembre 1806, *Sirey* chron., C. N., II. 1. 307. — Req. rej., 27 avril 1830, *Sirey* chron., C. N., IX. 1. 503 — Req. rej., 14 juin 1869, *Sirey*, 69. 1. 371. — Civ. cass., 30 juin 1879, *Sirey*, 81. 1. 397. — Req. rej., 19 octobre 1897, *Sirey*, 98. 1. 168. — Req. rej., 9 novembre 1898, *Sirey*, 1900. 1. 335. — Req. rej., 7 mai 1901, *Sirey*, 1902. 1. 135. — Req. rej., 29 décembre 1902, *Sirey*, 1905. 1. 454. — Req. rej., 25 novembre 1903, *Sirey*, 1904. 1. 332. — Req. rej., 23 décembre 1903, *Sirey*, 1905. 1. 75.

comportât — à l'espoir d'un aveu ou aux risques d'un serment, qui livrent, en réalité, la décision du litige à la bonne foi de l'adversaire. Et, dans cette détresse de moyens probatoires adéquats à la situation, le principe de la charge de la preuve, s'imposant rigoureusement, en dépit des difficultés, voire des impossibilités, de celle ci [1], aboutirait pratiquement à un déni de droit, qui trahirait l'intérêt suprême de la justice.

Or, c'est à ce point, précisément, que nous rencontrons, comme une sorte de remède à la situation qui vient d'être décrite, l'expédient technique de la présomption de droit[2]. — Son idée générale est des plus simples. Puisque les éléments constitutifs du droit prétendu sont malaisément saisissables aux preuves qu'a organisées le droit positif, il suffira d'admettre, grâce à la même autorité (droit positif), que ces éléments soient suppléés, dans la preuve à faire, par d'autres éléments, plus faciles à démontrer, qui équivalent (provisoirement, du moins) aux premiers, en vertu de probabilités judicieusement pesées et estimées, d'après l'expérience. Il en résultera une preuve indirecte [3], assez analogue, dans son principe, à la preuve par indices ou présomptions simples, d'où elle tire le plus souvent son origine. — Ici toutefois, au lieu d'être livré à l'appréciation discrétionnaire du juge, on sera placé sous l'égide du droit objectif lui-même [4], qui, complétant consciemment

---

1. Voy. ci-dessus, p. 275, texte et note 2 (n° **231**).

2. Comp. A. DELLEPIANE, *Les sciences et la méthode reconstructives*, Paris, 1915, dix-septième leçon, p. 92-99. Comp. p. 107-108 (dix-huitième leçon, III).

3. On peut concevoir d'autres preuves indirectes, d'où résulterait, non une simple probabilité, mais une certitude véritable, telle qu'elle est possible en droit. Voy., à cet égard, avec exemples : J. UNGER, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, 4 A., Leipzig, 1876, § **130**, texte et note 3, p. 578. Comp. note 9, p. 580.

4. De sorte que le contrôle de la Cour de cassation pourra et devra s'exercer. — Voy. notamment P. GEFFROY, *Essai sur les présomptions*

son système légal de preuves [1], aura apprécié et déterminé les conditions et les effets de la présomption [2]. Ainsi, la présomption de droit opère, d'office et directement, une simplification de la preuve à fournir, par la transformation des éléments à démontrer [3]. Par là même, et sans

---

légales en matière civile, thèse de doct. Droit, Paris, 1890-*1891,* p. 20 (n° **10**). — G. ARON, *Théorie générale des présomptions légales en droit privé,* thèse de doct. Droit, Paris, 1894-*1895,* p. 16 (n° **19**, *in fine*). — Comp. AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français,* 4e éd., t. VIII, Paris, 1878, p. 160 (§ **749**-5°) et § **750**, texte et note 7, t. VIII, p. 163. — M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil,* 8e éd. t. II, 1921, p. 14 (n° **40**).

1. Voy. notamment : G. ARON, *Théorie générale des présomptions légales en droit privé,* thèse de doct. Droit, Paris, 1894-*1895,* p. 17-18 (nos **22-23**); p. 168-177 (nos **301-310**). — *Adde :* J.-W. HEDEMANN, *Die Vermuthung nach dem Recht des deutschen Reiches,* Jena, 1904, § **12**, p. 64-71.

2. Comp. MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois,* liv. XXIX, chap. 16 : « En fait de présomption, celle de la loi vaut mieux que celle de l'homme. La loi française regarde comme frauduleux tous les actes faits par un marchand dans les dix jours qui ont précédé sa banqueroute : c'est la présomption de la loi. La loi romaine infligeait des peines au mari qui gardait sa femme après l'adultère, à moins qu'il n'y fût déterminé par la crainte de l'événement d'un procès, ou par la négligence de sa propre honte ; et c'est la présomption de l'homme. Il fallait que le juge présumât les motifs de la conduite du mari, et qu'il se déterminât sur une manière de penser très obscure. Lorsque le juge présume, les jugements deviennent arbitraires ; lorsque la loi présume, elle donne au juge une règle fixe. » — Rappr. C. DEMOLOMBE, *Cours de Code civil,* t. XXX, n° **250**, *in medio,* Paris, 1879, p. 233, *in fine.*

3. On pourrait signaler aussi, comme tenant le milieu entre la présomption de fait (indices livrés à l'appréciation du juge) et la présomption de droit proprement dite (définie et imposée par le droit objectif), certains cas, où la loi propose d'autorité au juge (ou à l'administration) les éléments d'une présomption, qu'elle le charge de préciser *in concreto.* Telle est la présomption de décès, en cas de naufrage, telle que l'a organisée la loi du 8 juin 1893, modifiant les articles 87 à 92 du Code civil français (voy. surtout les art. 88-89). — *Adde :* loi du 3 décembre 1915, étendant les articles 89, 90, 91 et 92 du Code civil français au cas de toutes personnes décédées victimes des opérations de guerre postérieurement au 2 août 1914, quand il n'aura pas été dressé d'acte régulier de décès. Rappr. loi du 25 juin 1919, relative

déplacer proprement la charge de la preuve, elle allège cette charge, dont le poids ne dépend que des difficultés à vaincre. — Quelquefois même, elle paraîtra intervertir la position des parties dans la preuve, en offrant, à celle qui devait normalement justifier des éléments de son droit, un objectif si aisé à établir, que cette partie semblera avoir ainsi une preuve toute faite, que son adversaire devra s'efforcer de renverser[1]. Au fond, pourtant, la présomption de droit proprement dite ne réalise son effet que par la mutation des éléments de fait à démontrer ; et la charge de les établir subsiste, en soi, telle que la fixent les principes généraux du Droit[2]. — Une fois acquise, par les moyens

---

aux militaires, marins et civils disparus pendant la durée des hostilités, art. 9 cbn. art. 10. — Voy. aussi loi du 16 novembre 1912, modifiant l'article 340 du Code civil relatif à la reconnaissance judiciaire de paternité naturelle. — Parfois même, la loi ne consacre une présomption de droit, qu'à la condition qu'elle soit corroborée, aux yeux du juge, par des présomptions de fait. On en voit un exemple dans l'article 1er, alinéa 2 de la loi du 18 juin 1917 modifiant la loi du 7 avril 1915, qui autorisait le Gouvernement à rapporter les décrets de naturalisation obtenus par d'anciens sujets de Puissances en guerre avec la France.

1. Ainsi, peut s'expliquer la formule de l'article 1352, alinéa 1 du Code Napoléon : « La présomption légale dispense de toute preuve celui au profit duquel elle existe. » — Voy. l'observation de la section de législation du Tribunat, qui a fait introduire cette disposition, dans Locré, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France,* t. XII, Paris, 1828, p. 287 (n° **78**).

2. Comp. F. Laurent, *Principes de droit civil,* t. XIX, n° **614**. — L'idée, que la présomption légale n'est, en soi, qu'une dispense de preuve (voy., par exemple, M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil,* Paris, 8e éd., t. I, 1920, p. 135 [n° **358**], t. II, 1921, p. 18-19 [nos **52-53**]), repose sur une analyse insuffisante de la situation. Il est vrai que, dans les cas où les prémisses de la présomption sont *a priori* certaines, toute charge de preuve semble disparaître pour la partie qui l'invoque. Mais cela tient à une circonstance tout accidentelle, etrangère en soi à l'essence de la présomption de droit, qui suppose toujours, pour entrer en jeu, certaines conditions préalablement établies. — Voy. là-dessus : J. Unger, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts,* 4 A., Leipzig, t. II, 1876, § **130**, texte et notes

du droit commun, la démonstration des éléments qui conditionnent la présomption de droit, la preuve nécessaire est faite. Mais, normalement, et suivant les principes généraux, une contre-preuve est possible de la part de l'adversaire, non seulement à l'effet d'ébranler l'existence des éléments de la présomption[1], mais même, à supposer celle-ci acquise, en vue d'établir que les circonstances particulières des faits donnent un démenti à l'induction de la loi (preuve contraire à la présomption)[2]. Telle est, du moins, la règle générale, tenant à ce que la présomption, basée sur les probabilités, ne fait que subvenir aux difficultés ou impossibilités d'une preuve adéquate, mais ne saurait aboutir à une certitude invincible. — Toutefois, il se peut que le droit objectif, en présence d'une extrême probabilité de son induction, ou plutôt encore pour couper court à des discussions inutiles, voire dangereuses, donne à la présomption de droit, qu'il établit, un caractère d'irréfragabilité, qui, les conditions en étant démontrées sans conteste, en mette la conclusion à l'abri des preuves contraires. A ce point, la présomption (dite présomption *juris et de jure*) devient, en réalité, une règle de droit indépendante, que son ori-

---

[illegible], p. [illegible]. — *Adde* : G. Alix, *Théorie générale des présomptions légales en droit privé*, thèse de doct. Droit, Paris, 1894-1895, nos 45-51, p. [illegible].

1. Sur cette première contre-preuve, toujours et nécessairement admise, voy. notamment : L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, nouv. éd., Paris, 1885, sur l'article 1352, n° 2, t. VII, p. [illegible]-200.

2. Cette preuve contraire — soumise elle-même au droit commun de la preuve — ne peut évidemment porter sur la vérité des faits présumés, in abstracto ou in thesi, mais seulement sur leur réalité, au cas particulier, in concreto ou in hypothesi. — Comp. J. Unger, op. cit., t. II, § 130, texte et notes 17-17 a, p. [illegible]. — *Adde*, sur la preuve contraire à la présomption : F. Laurent, *Principes de droit civil*, t. XIX, nos 615-616. — Voy. aussi : H. Burckhard, *Die civilistische Präsumtionen*, Weimar, 1866, p. [illegible] § 32. *Adde* : p. [illegible] § 34.

gine seule rattache au domaine de la preuve [1]. — On peut dire que toute présomption de droit aboutit à une notoriété factice, imposée au juge, dont la force est plus ou moins grande, suivant les moyens, admis ou non, pour la renverser [2].

Cette force de la présomption de droit, quel qu'en soit le degré, existera, généralement et normalement, à l'égard de tous ceux intéressés à l'invoquer ou exposés à la subir. Il est possible, toutefois, que l'autorité, qui l'établit [3], en limite les effets actifs ou passifs à certaines personnes, vis-à-vis desquelles seulement se justifie l'induction qui la fonde [4].

---

1. Comp. J. Unger, *op. cit.*, t. II, § **130**, texte et notes 18-19, p. 583-584. — *Adde :* l'opinion de Pratobevera signalée *ibid.* note 9, p. 580. — Voy. encore : G. Aron, *Théorie générale des présomptions légales en droit privé*, thèse de doct. Droit, Paris, 1894-*1895*, nos **127-140**, p. 70-80; nos **218-230**, p. 118-128; p. 149 (no **267**); p. 173-174 (no **309**) ; p. 177 (no **310**).

2. Comp. J. Unger, *op. cit.*, t. II, § **130**, note 8, p. 579-580 et note 18, p. 583-584. — Voy. aussi : Aubry et Rau, 4e éd., t. VIII, Paris, 1878, p. 153 (§ **749**-2o). — L'allégement, d'une preuve difficile à rapporter, peut encore aller plus loin, si le Droit se contente de circonstances n'ayant qu'un rapport indirect avec le fait à démontrer. On en trouverait un exemple dans la loi du 13 juillet 1907, relative au libre salaire de la femme mariée, article 1er, alinéa 4. Voy., là-dessus, critique de A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. III, Paris, 2e éd., 1921, p. 149. — Enfin, il peut même advenir que le droit objectif passe de la présomption à la règle impérative. C'est ce qui a eu lieu, en matière de responsabilité patronale pour les accidents du travail, en vertu de la loi du 9 avril 1898 et des lois subséquentes. Ce qui était auparavant responsabilité quasi délictuelle, sur la base d'une présomption de fait, est devenu responsabilité purement légale.

3. Voy. ci-après, no **235**.

4. Tel est, par exemple, le cas de l'autorité de la chose jugée, sans parler de l'aveu et du serment, si l'on veut y voir des présomptions de droit. Voy. Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, § **749**, texte et note 5, t. VIII 4, p. 153. — *Adde :* J. Unger, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, 4 A., Leipzig, 1876, t. II, § **130**, texte et note 19 *a*, p. 584. — Comp. H. Burckhard, *Die civilistischen Präsumtionem*, Weimar, 1866, p. 362-364 (§ **34**).

Au total, trois traits principaux spécifient la présomption de droit, au sens strict, dans sa conception proprement technique, et, réunis, la distinguent de toutes les autres anticipations ou probabilités, dont le droit objectif fait un si fréquent usage (présomptions au sens large)[1]. — D'une part, la présomption de droit ne porte directement que sur les faits : de certains faits connus, elle infère d'autres faits inconnus (art. 1349 C. civ.), auxquels s'attachent des conséquences de droit. Quelquefois, il est vrai, le rapport de droit sera présenté comme sortant immédiatement des faits eux-mêmes (par exemple, présomptions de mitoyenneté, présomptions de libération résultant de la remise volontaire du titre par le créancier au débiteur)[2]. Même alors, pourtant, une analyse exacte saura reconnaître que la règle, ainsi acquise, provient réellement de faits intermédiaires, que les circonstances empêchent ou rendent superflu de préciser[3], mais qui, seuls, sont bien le résultat immédiat de la présomption[4]. — D'autre part, non seu-

1. Voy. ci-dessus, p. 264-265, n° **230**.

2. De là certains jurisconsultes allemands ont tiré une distinction essentielle à faire, suivant eux, entre les présomptions, dont les unes porteraient seulement sur le fait (*Tatsachenvermuthungen*), les autres tendraient directement à un rapport de droit (*Rechtsvermuthungen*). — Voy. notamment : G. Kuttner (*Rechtsvermuthungen aus Akten der freiwilligen Gerichtsbarkeit*), dans *Jherings Jahrbücher*, 1912, t. 61, p. 110-112, p. 118-122.

3. Comp. J. Unger, *op. cit.*, § **130**, note 21. — Pourtant, cet auteur admet que les présomptions de droit peuvent constituer une situation de droit subjectif (*eine* Berechtigung). Voy. *ibid.*, § **130**, texte et notes 21-23, p. 585-586. — *Adde :* Windscheid-Kipp, t. I[9], p. 680 (§ **133**, note annexe). — Rapp. G. Aron, *op. cit.*, n° **20**, p. 16.

4. Ainsi, les présomptions de mitoyenneté ne font directement reconnaître, mais sans les préciser, que des circonstances constituent la mitoyenneté des clôtures (construction en commun ; — ou acquisition postérieure de la mitoyenneté d'une clôture établie privativement). — Les présomptions de libération des articles 1282 et 1283 du Code civil français démontrent directement l'existence d'une cause de libération (paiement, remise, compensation), qui n'est pas spécifiée et demande une preuve distincte.

lement la présomption de droit, au sens strict, se meut exclusivement dans le domaine de la preuve juridique. Mais, supposant établies les bases de la situation probatoire, elle n'intervient que pour alléger la preuve à fournir, en reportant celle-ci sur des éléments de fait, plus aisés à démontrer que ceux qui forment la condition propre et directe du droit prétendu[1]. — Enfin, et puisqu'elle ne fait que faciliter une preuve, la présomption proprement dite laisse ouverte la question d'une preuve contraire, capable de renverser son induction. Même, si cette preuve contraire est repoussée en fait (dans le cas des présomptions *juris et de jure*), elle se conçoit, du moins, comme possible. Et l'origine, purement probatoire, de la règle légale, ainsi posée, ne reste pas sans influence sur son interpré-

1. C'est ce qu'indiquent bien les termes de l'article 1350, alinéa 1 du Code Napoléon, suivant lesquels la présomption légale est attachée par une loi spéciale « à certains actes ou à certains faits ». — Parfois, l'exigence, des conditions requises pour telle présomption consacrée par la loi en termes généraux, ne se dégage que de l'ensemble de l'institution. — C'est ainsi que la bonne foi, qui semblerait purement et simplement présumée en matière de possession (en vue de la prescription par dix à vingt ans de l'art. 2265 C. civ. franç.), d'après les termes de l'article 2268 du Code civil français, suppose préalablement établie l'existence d'un juste titre (art. 2265 et 2267 C. civ. franç.). Manifestement, la pensée, fort rationnelle d'ailleurs, du législateur, est que la justification positive d'un titre permet, seule, de présumer, comme plausible, la bonne foi du possesseur. Et, cette pensée apparaît très nette dans l'article 550 du Code civil français, à propos de l'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi. Reste à savoir, il est vrai, si le titre, qui n'existe que dans la croyance du possesseur (titre putatif), réalise suffisamment l'exigence de la loi. C'est une question distincte, et qu'on peut résoudre affirmativement, sans contredire la pensée de la loi, puisque, même tenue pour suffisante, la croyance à la réalité juridique du titre doit être démontrée par le possesseur qui s'en prévaut. — En matière de meubles seulement, la loi, en vue d'une protection plus énergique du possesseur, paraît admettre sa bonne foi sans titre (art. 2279, al. 1 C. civ. franç.). Mais, si le possesseur refuse tout éclaircissement sur l'origine de sa possession, celle-ci sera facilement considérée comme équivoque, et, de ce chef, tenue pour inopérante. — [illegible] 16 janvier 1901. *Sirey*. 1902. 1. 85.

tation. Elle conduirait notamment à lui refuser toute conséquence, excédant le domaine de la vérité des faits qu'elle tient seuls pour acquis [1-2].

La multiplicité et la variété des circonstances, donnant lieu aux présomptions de droit, ont paru devoir engendrer parfois des collisions, dont on ne pourrait sortir qu'en déterminant entre elles une sorte de hiérarchie, basée sur le degré d'intensité de chacune d'elles [3]. Mais, depuis que la notion de la présomption de droit a été ramenée à ses limites exactes, on a observé que la prétendue collision des présomptions ne pouvait — du moins dans la sphère du droit national [4] — se concevoir sans une véritable antinomie de droit, qui se résoudrait, le cas échéant, d'après les principes généraux de l'interprétation [5].

233. — Quant aux événements et circonstances, qui jus-

---

1. Cette observation permettrait, par exemple, d'écarter, *de plano*, l'idée, témérairement émise par M. L. Larombière (*Théorie et pratique des obligations*, nouv. éd., Paris, 1885, t. VII, p. 209 [sur l'art. 1352 C. civ., n° **10**]), et suivant laquelle les présomptions d'interposition de personnes, établies par les articles 911, alinéa 2 et 1100 du Code civil français, communiqueraient aux personnes, réputées interposées, l'incapacité de recevoir à titre gratuit, dont est frappée la personne, au profit de qui la loi présume la libéralité faite (Voy., contre cette opinion de Larombière, et la conséquence qu'il en tire pour l'application de l'article 1352, alinéa 2, *in fine*, aux présomptions dont il s'agit : Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, § **750**, note 14, 4e éd., t. VIII, p. 166).

2. Comp., sur la notion de présomption au sens étroit : H. Burckhard, *Die civilistischen Präsumtionen*, Weimar, 1866, § **23**, p. 193-201. *Adde :* §§ **25-26**, p- 215-243, et § **31**, p. 311-324. — E. Bierling, v° Rechtsvermuthungen, dans *Rechtslexikon*, 3 A., t. III, 1, Leipzig, 1881, p. 302-304.

3. Voy. notamment : H. Burckhard, *Die civilistischen Präsumtionen*, Weimar, 1866, p. 350-352 (§ **33**). — Comp. J.-W. Hedemann, *Die Vermuthung nach dem Recht des deutschen Reiches*, Jena, 1904, § **49**, p. 321-339.

4. Sur la collision des présomptions consacrées par des lois de différents pays (domaine international), voy. H. Burckhard, *op. cit.*, p. 354-358 (§ **34**).

5. H. Burckhard, *op. cit.*, p. 354 (§ **33**). — Comp. ci-après, n° **233**.

tifient, *in concreto,* la présomption de droit, on ne saurait, vu leur variété et leur complexité infinies, tenter d'en présenter une énumération exhaustive [1]. On peut seulement, sans prétendre être complet, signaler quelques-unes des considérations générales, qui motivent, de la part du législateur, l'emploi d'un procédé rompant si violemment avec les exigences naturelles et strictes de la preuve.

Ce n'est pas assez, en effet, qu'on soit en présence de probabilités [2]. Car la vie en est pleine. Et le droit objectif n'est pas fondé à ériger en certitudes les probabilités, même les plus fortes, s'il n'intervient pas, dans ce but, une raison spécialement décisive. Sans doute, avons-nous pu reconnaître, en quelque sorte *a priori,* que la présomption suppléait à l'impossibilité, ou, du moins, à la grande difficulté, de certaines preuves, et qu'elle aboutissait à établir un point net dans une situation obscure [3]. Mais, c'est encore là une formule trop vague, et qui ne suffirait pas, à elle seule, pour fournir une explication adéquate de l'ensemble du système. Du moins, demande-t-elle à être précisée ou complétée.

Or, si nous laissons à part les présomptions, improprement dites, qui tendent seulement à fixer, en cas de doute,

---

1. Comp. H. Burckhard, *Die civilistischen Präsumtionen,* Weimar, 1866, § **27**, p. 243-248.

2. On ne peut même pas affirmer que la présomption de droit se base *toujours* sur des probabilités. Ainsi, la règle, posée par le § 20 du Code civil allemand de 1896, aux termes duquel « si plusieurs personnes ont péri dans un danger commun, il est présumé qu'elles sont décédées au même instant » (trad. du Comité de législation étrangère), est manifestement contraire aux probabilités les plus plausibles. — Comp. art. 32, al. 2 Code fédéral suisse du 10 décembre 1907. — Voy. ci-dessus, p. 265, note 1 (n° **230**). — En ce sens, que les notions de conclusion logique et de vraisemblance ne sont pas essentielles à la présomption de droit : H. Burckhard, *Die civilistischen Präsumtionen,* Weimar, 1866, p. 114-118 (§ **16**), p. 201-214 (§ **24**). *Adde :* p. 215-219 (§§ **25-26**).

3. Voy. ci-dessus, p. 277-279 (n° **232**).

la position respective des parties au point de vue de la charge de la preuve et se contentent souvent, à cet effet, de probabilités vulgaires, suffisantes pour tracer la limite entre le normal et l'anormal [1], nous pouvons, à titre de simples indications, assurément incomplètes et imparfaites, émettre, comme capables d'amorcer un classement, d'après leurs causes profondes, de la plupart des présomptions de droit, les observations suivantes, qui, d'ailleurs, ne s'isolent pas absolument les unes des autres, mais, souvent au contraire, se combinent et s'enchevêtrent [2].

Tantôt, il s'agit de faits, qu'il est véritablement impossible de *saisir dans leur matérialité précise* et qu'il est pourtant *indispensable de fixer*. Pour le faire, on se contentera des garanties générales, que fournissent les probabilités les plus grandes de la vie. Ainsi s'explique la présomption de paternité, basée sur le mariage (*pater is est quem nuptiæ demonstrant;* — art. 312, al. 1 C. civ. franç.), voire même celle qui justifie (du moins, quant à la paternité) la possession d'état comme mode de preuve de la filiation légitime (art. 320-322 C. civ. franç.) [3]. On peut aussi rattacher à la même idée les présomptions de survie, établies, à défaut d'indices de fait, dans l'hypothèse célèbre des *commorientes* (voy., par exemple, art. 720-

---

1. Voy. ci-dessus. p. 264-265 (n° **230**, *initio*). Comp. p. 275, texte et notes 3-4 (n° **231**).

2. Du point de vue de haute méthodologie, qui doit rester le nôtre, il n'y a lieu d'attacher aucune importance à l'énumération de l'article 1350 du Code Napoléon, qui a un caractère manifestement empirique et ne répond à aucune conception rationnelle saisissable. — Il n'est, d'ailleurs, pas acceptable, de voir des présomptions dans l'aveu et le serment, qui sont de véritables modes de preuves. Voy. ci-après, n° **236**.

3. La force de la possession d'état, preuve indirecte fondée sur de simples probabilités (Voy. G. Baudry-Lacantinerie et G. Chéneaux, *Des personnes*, t. III, n° **461**), ne réside manifestement qu'en une présomption.

722 C. civ. franç.). — Tantôt, on est en présence de circonstances flottantes de leur nature, qui ne pourraient, même examinées dans chaque cas particulier, être établies que sous réserve d'une large part d'inexactitude. Il semble préférable de les circonscrire au moyen de présomptions, qui rachèteront, par la vérité moyenne de leurs résultats, l'arbitraire de leur application concrète. — C'est ce que nous offre la présomption légale, relative aux limites extrêmes (*maxima* et *minima*) de la durée des gestations utérines (notamment d'après art. 312, al. 2; art. 313, al. 2; art. 314; art. 315 C. civ. franç. — *Adde :* art. 331, al. 2, suivant texte de la loi du 7 novembre 1907 et art. 331, al. 3-2°, depuis la loi du 30 décembre 1915 et art. 340, al. 2-1° et 2°, depuis la loi du 16 novembre 1912). — Je citerai aussi les présomptions, auxquelles la loi a subordonné chez nous la déclaration d'absence et l'envoi en possession provisoire des biens de l'absent (art. 115-122 C. civ. franç.) et, ultérieurement, l'envoi en possession définitif (art. 129 C. civ. franç.)[1]. [Rappr. les art. 375-377 C. comm. franç.]; celles établies par la loi du 18 juin 1917, article 1er, alinéa 2, alinéa 4, alinéa 5, pour faciliter les retraits de naturalisation aux anciens sujets de puissances en guerre avec la France; et la présomption permettant de préciser l'application des appellations d'origine à certains

1. Comp., sur ces dernières présomptions : J. Unger, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts,* 4 A., t. I, Leipzig, 1876, § **130**, note 16, al. 2, p. 582. -- Nous n'entendons pas dire, d'ailleurs, que la déclaration d'absence, ni même l'envoi en possession définitif, fassent présumer le décès de l'absent (contre cette idée, voy. notamment : G. Baudry-Lacantinerie et M. Houques-Fourcade, *Des personnes,* t. I, n° **1061**); mais nous constatons simplement, que les diverses situations d'absence, *telles que la loi les organise,* notamment l'envoi en possession provisoire, puis l'envoi en possession définitif, reposent sur des présomptions, dont le législateur a fixé les critères, en laissant leur valeur subordonnée à l'appréciation des juges d'après les circonstances.

produits, naturels ou fabriqués, d'après la loi du 6 mai 1919, article 24, alinéa final. (*Adde* : art. 14.)

Tantôt, encore, c'est pour faire fonctionner le système juridique dans sa raideur catégorique, qu'il était nécessaire d'ériger une vraisemblance en certitude. Ici, plus nettement que partout ailleurs, la présomption de droit trahit son caractère d'expédient (présomption-expédient). — Par exemple, la présomption légale sur les limites extrêmes de la durée des gestations resterait, en bien des cas, insuffisante, si elle ne se complétait d'une autre présomption de droit, plus arbitraire encore [1], et suivant laquelle, dans le doute, l'enfant doit être réputé conçu au moment, le plus favorable pour lui (*omni meliore momento*), de la période légale de conception possible, de telle sorte, notamment, que l'instant concret de sa conception soit rapporté plutôt au mariage qu'à l'époque antérieure [2], ou que, pour les enfants nés hors mariage, il soit, de préférence, supposé placé à une époque, qui soustrairait la filiation au vice d'adultérinité ou d'inceste [3]. — C'est également en vue d'as-

1. Comp. G. Aron, *Théorie générale des présomptions légales en droit privé*, thèse de doct. Droit, Paris, 1894-*1895*, p. 30 (n° **43**). — On néglige trop souvent d'observer, qu'il y a ici une présomption de droit distincte, admise unanimement (sauf divergences dans son application), comme se dégageant de l'esprit de la loi, sinon de son texte (N'est-elle pas incluse, pour les enfants légitimes, dans la décision même des art. 312, al. 2, et 313, al. 2 C. civ. franç., et, pour les enfants naturels, dans celle de l'art. 340, al. 2-1° et 4° cbn. al. 3-1° et 2°, depuis la loi du 16 novembre 1912). — Voy. les deux notes qui suivent.

2. Cette formule générale ne suffit pas à trancher toutes difficultés. Voy. G. Baudry-Lacantinerie et G. Chéneaux, *Des personnes*, 3e éd., t. IV, Paris, 1907, n^os^ **445-448**, p. 352-360.

3. Voy. notamment : C. Demolombe, *Cours de Code civil*, t. V, n° **351**. — G. Baudry-Lacantinerie et Chéneaux, *Des personnes*, 3e éd., t. IV, Paris, 1907, p. 590 (n° **629**, *in fine*). — Cette idée n'avait pas été suivie par la loi du 7 novembre 1907, introduisant chez nous la légitimation des enfants adultérins (voy. l'art. 331, al. 2 C. civ. franç., d'après cette loi). L'anomalie a disparu depuis la loi du 30 décembre 1915 (Voy. art. 331, al. 3-2° nouveau). Comp. circulaire du ministre de la Justice (*Journal officiel* du 13 janvier 1916), relative à l'applica-

surer la mise en œuvre de ses règles précises, que la loi établit la présomption de vacance d'une succession dans les conditions de l'article 811 du Code civil français, comme aussi la présomption d'acquêts sous les régimes matrimoniaux de communauté (art. 1402, art. 1499 et 1504 C. civ. franç.), ou, par dérogation à la précédente, la présomption spéciale, récemment consacrée au profit de la femme exerçant une profession distincte, qui se prévaut de la législation relative aux biens réservés (art. 1er, al. 4, [comp. art. 4] loi du 13 juillet 1907) [1]. — Et, la même considération suffirait peut-être à justifier les présomptions, couramment admises par les arrêts, en faveur de l'assistance, aux diverses audiences, consacrées à la cause, des magistrats mentionnés au plumitif comme ayant concouru à la décision rendue [2], ou du greffier qui a apposé sa signature à la fin du jugement [3]. — On a pu observer aussi

---

tion de la loi du 30 décembre 1915, dans Sirey, *Législation de la guerre de 1914-1919*, t. 3, p. 251, col. 2, *in fine* (citant rapport Maxime Lecomte au Sénat).

1. D'une façon générale, toutes les fois qu'une alternative s'impose entre deux situations possibles et contradictoires, une présomption de droit est utile, pour fixer, à défaut d'indices contraires, la situation réelle. — Voy. encore des exemples dans les art. 1463 ou 1525 C. civ. franç.

2. Voy. notamment : Req. rej., 17 octobre 1900, *Sirey*, 1901. 1. 79. — Req. rej., 18 octobre 1904, *Sirey*, 1904. 1. 512. — Civ. cass., 22 juin 1915, *Sirey*, 16. 1. 80. — Comp. Req. rej., 26 juin 1911, *Sirey*, 12. 1. 164.

3. Voy. Civ. cass., 8 mai 1850, *Sirey*, 50. 1. 597. — Req. rej., 23 avril 1856, *Sirey*, 56. 1. 575. — Crim. rej., 21 novembre 1879, *Sirey*, 80. 1. 486. — «..... la signature de cet officier public [le greffier] apposée au bas de la minute fait légalement présumer sa présence à l'audience où la cause a été instruite et jugée..... ». — Req. rej., 23 avril 1883, *Sirey*, 85. 1. 373. — Req. rej., 8 juillet 1901, *Sirey*, 1902. 1. 124. — Civ. cass., 18 février 1914, *Sirey*, 15. 1. 109. « Attendu que, si la signature du greffier sur la minute du jugement fait présumer sa présence à toutes les audiences consacrées à l'affaire, cette présomption peut être combattue par la preuve contraire, lorsqu'il s'agit des audiences autres que celle dans laquelle la décision a été rendue, et où la présence du greffier est constatée par sa signature. »

que la dernière jurisprudence de la Chambre criminelle de la Cour de cassation, innocentant la vente, en temps prohibé, des conserves de gibier, n'aurait toute sa portée pratique, qu'en la complétant d'une présomption, suivant laquelle les conserves seraient censées fabriquées avec du gibier tué en temps de chasse [1].

Parfois, d'ailleurs, l'idée, qui précède, se complète ou se précise par la pensée de favoriser certaines situations ou certaines institutions juridiques. On a pu déjà observer cette pensée, à l'occasion de la présomption signalée plus haut, qui, dans toute la durée possible du délai légal, répute l'enfant conçu *omni meliore momento* [2], par une faveur évidente pour la régularité des situations familiales. — On l'apercevra mieux encore, si l'on considère l'ensemble des présomptions se rattachant à la possession (présomption de non-précarité [art. 2230-2231 C. civ. franç.]; présomption de bonne foi [art. 2268 C. civ. franç.]; présomption simple de continuité de la possession [art. 2234]; de propriété au profit du possesseur [3]; prescription acquisitive [art. 2262 et 2265 C. civ. franç.]; règle en fait de meubles possession vaut titre [art. 2279-2280 C. civ. franç.]), auxquelles on peut joindre encore les présomptions d'accession, telles que les consacre la loi (notamment art. 553-554 C. civ.) et les développe la jurisprudence [4], qui, toutes, ont pour but l'affermissement ou la plénitude

1. Voy. Crim. cass., 17 juillet 1914, *Sirey*, 15. 1. 143 et la note, col. 3. — Une jurisprudence contraire avait consacré une présomption tout opposée : Paris, 22 janvier 1883, *Sirey*, 85. 2. 85. — On pourrait encore rattacher à cette catégorie la présomption de perte d'un objet soumis au contrat de transport, après un certain délai écoulé depuis l'époque fixée pour la livraison, qui apparaît pratiquement nécessaire. Voy. L. Lacour et J. Bouteron, *Précis de droit commercial*, 2e ed., Paris, t. I, Dalloz, 1921, p. 580, texte et note 3 (n° **1016**).

2. Voy. ci-dessus, p. 290, texte et notes 1-3 (n° **233**).

3. Sur cette présomption, voy. notamment : Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, § **182**-1°, t. II, 5e éd., 1897, p. 139-142.

4. Voy. Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, § **192**-2°, t. II, 5e éd., Paris, 1897, p. 282-287.

de la propriété[1]. — Une idée analogue se fait jour dans certaines solutions de détail, comme celle de l'article 1488 de notre Code civil, par laquelle la loi favorise le paiement intégral des dettes communes. C'est elle aussi, qui explique au mieux le prétendu mandat tacite de la femme mariée, fondé beaucoup moins sur une volonté concrète du mari que sur une présomption coutumière, sinon légale, que notre jurisprudence a nettement dirigée dans le sens d'un pouvoir propre à reconnaître à la femme pour assurer un juste équilibre entre les autorités de la famille[2].

L'idée se précise davantage encore en d'autres cas, où la faveur de la loi consiste plus spécialement dans la protection de certaines personnes, que leur faiblesse, leur situation dépendante ou leur incapacité recommandaient particulièrement à l'intérêt du législateur. — Notamment, c'est bien pour protéger la femme commune que l'article 1431 du Code Napoléon la répute, dans ses engagements, caution de son mari, ou que les arrêts, comme les auteurs, lui assurent droit à récompense, par cela seul qu'un de ses propres a été vendu pendant la communauté, celle-ci étant présumée en avoir encaissé le prix[3]. D'un autre côté, la femme dotale trouve une facilité pour la demande en restitution de sa dot, dans la présomption du

1. Voy. notamment : R. von Jhering, *Fondement des interdits possessoires*, trad. de Meulenaere, 2e éd., Paris, 1882.

2. Comp. P. Binet, *La femme dans le ménage*, Paris, 1904; notamment la préface de Fr. Geny, p. xv-xviii (§ II, *initio*). — Rappr. ci-dessus, p. 249-256 (n° **226**).

3. Voy., en ce sens : Metz, 18 juillet 1820, Morin, *Sirey* chron., C. N., VI. 2. 289 et Req. rej., 18 janvier 1897, *Sirey*, 97. 1. 455 comp. à Civ. cass., 13 août 1832, *Sirey*, 32. 1. 641, donnant une solution différente, au cas de récompense réclamée par le mari. — Req. rej., 9 avril 1872, cité parfois en sens contraire, implique la preuve du paiement faite par le mari. — Voy. encore : Civ. cass., 30 novembre 1910, D. P., 12. 1. 74. — *Adde :* Aubry et Rau, § **511**, texte et notes 19-20, t. VIII, 5e éd. E. Bartin, Paris, 1916, p. 159-160. — L. Guillouard, *Contrat de mariage*, t. II, nos **890**, **934-936**. — G. Baudry-Lacantinerie, J. Le Courtois et F. Surville, *Du contrat de mariage*, nos **811-812** *bis*.

paiement de celle-ci, établie par l'article 1569 du Code civil français. — On a pu songer aussi à une présomption de droit, qui attribuerait au mari le défaut de consommation du mariage, en cas de virginité reconnue persistante chez la femme après le mariage [1]. — Et récemment, quand on a réglé législativement la grosse question des loyers, soulevée par les circonstances de la guerre de 1914-1916, on a fait aux petits locataires une situation de faveur basée sur leur présomption de détresse [2]. — On peut également rapporter à l'idée d'une protection légale particulière la présomption induite par la jurisprudence des lois du 28 avril 1792, article 9, et 10 juin 1793, section IV, article 1er, pour attribuer aux communes la propriété des terres, vaines ou vagues, situées sur leur territoire [3]. — On découvre encore l'intérêt de la protection des créanciers contre des fraudes trop faciles dans les présomptions, que consacrent, pour le cas de faillite d'un commerçant marié, les articles 559 et 562 du Code de commerce français.

Il advient très fréquemment aussi, que le droit objectif use des présomptions, pour mieux assurer le jeu des volontés autonomes [4]. Réserve faite des cas où la loi porte

1. Présomption nettement repoussée par Req. rej., 20 décembre 1892; arrêt rendu au rapport, fort instructif, de M. le conseiller Denis, *Sirey*, 93. 1. 306. — Cons., là-dessus : H. Le Goasguen, *Le divorce devant l'opinion, les chambres et les tribunaux,* thèse de doct. Droit, Rennes, 1912-*1913*, p. 137-138.

2. Loi du 9 mars 1918, relative aux modifications apportées aux baux à loyer par l'état de guerre, art. 14-16. Cons. là-dessus : le journal *Le Temps,* n° du 11 mars 1916. Raphaël-Georges Lévy (*La question des loyers*), dans *Revue des Deux-Mondes,* n° du 1er juin 1916, sixième période, t. XXXIII, p. 630. — Voy. aussi, dans un ordre d'idées différent, la loi du 31 mars 1919, modifiant la législation des pensions des armées de terre et de mer, en ce qui concerne les décès survenus, les blessures reçues et les maladies contractées et aggravées en service, art. 3, 5, 6, 14, 15.

3. Cons. Req. rej., 28 avril 1902, *Sirey,* 1903. 1. 39 et la note.

4. Je citerai, comme particulièrement intéressante, en ce sens, la disposition du § 2101 du Code civil allemand de 1896, suivant laquelle on considère, en cas de doute, comme instituée, en qualité d'arrière-

des dispositions destinées à suppléer ou interpréter la volonté défaillante ou obscure des parties[1], on peut, du moins, compter ici les règles induisant de certains faits les déclarations de volonté qui y sont incluses[2].

C'est la même considération, accentuée par le désir de faciliter les remises de dettes, qui nous rend compte des libérations présumées par les articles 1282, 1283 et 1908 du Code civil de 1804.

D'autres présomptions de droit affermissent le principe de la responsabilité des fautes contre les obscurités de certaines situations et tendent à assurer la vigilance en des cas où son défaut paraît spécialement à craindre : telles sont surtout les présomptions de faute des articles 1384 à 1386, 1735 et 1792 (comp. art. 2270) du Code civil français, pour ne rien dire des articles 1733-1734, qui semblent plutôt ne reposer que sur ces probabilités banales, au moyen desquelles se fixe la position des parties dans la lutte pour la preuve[3]. — Il faut aussi rappeler ici les articles 106 à 109 de la loi municipale du 5 avril 1884 (modifiée par la L. 16 avril 1914), touchant la responsabilité des communes, à raison des dégâts et dommages résultant de crimes ou délits commis par des attroupements ou rassemblements sur leurs territoires.

D'autres encore s'expliquent par le désir de couper court à des fraudes, trop faciles à dissimuler, contre une prohibition positive. La loi induira ces fraudes de certains indices, qui ne servent qu'à les couvrir. Telle est notamment la raison d'être des présomptions d'interposition de personnes,

---

héritier (substitué fidéicommissaire), la personne physique instituée héritière, qui n'est pas encore conçue au moment de la dévolution, ou la personne juridique, instituée héritière, qui ne serait constituée qu'après l'ouverture de la succession.

1. Je m'expliquerai plus loin sur cette réserve. — Voy. ci-après, n° **237**.

2. Voy. ci-dessous, n° **237**, *in fine*.

3. Comp., ci-dessus, p. 264-267 (n° **230**, *initio*) et p. 274-276 (n° **231**).

consacrées, soit, en matière de libéralités, par les articles 911 et 1100 du Code Napoléon, soit, dans les actes susceptibles de profiter aux congrégations religieuses, par l'article 17, alinéa 2, de la loi du 1er juillet 1901, sur le contrat d'association. — La disposition de l'article 918 du Code civil français fournirait encore une autre application de la même idée [1].

Enfin, il suffirait de généraliser l'indication précédente, pour observer que les présomptions légales correspondent quelquefois à des considérations d'ordre public, en ce sens, du moins, qu'elles complètent la justification de règles, fondées sur des raisons d'intérêt social supérieur, par l'insertion d'un élément de probabilité érigée en certitude légale, de façon à donner à la règle une apparence rationnelle qui en pût accroître la portée. Et, c'est de cette façon, je crois, qu'on peut le mieux s'expliquer, que le législateur ait rattaché au système des présomptions de droit la prescription, la chose jugée, voire même la force de l'aveu ou celle du serment (art. 1350-2° à 4° C. civ. franç.).

En définitive, et sans qu'il soit besoin d'insister davantage, nous arrivons, à peu près, à constater, que les motifs des présomptions de droit ne sont autres que les motifs mêmes de toutes règles juridiques. De sorte qu'il serait presque plus exact de dire, que ce sont celles-ci, qui prennent le revêtement technique de la présomption de droit, quand les faits, qu'elles encadrent, insusceptibles d'une démonstration adéquate, ne comportent que la preuve par induction de vraisemblances ou de probabilités.

234. — Il ne saurait, d'ailleurs, être indifférent de pénétrer les motifs, vrais et profonds, des présomptions

1. *Adde* encore, en matière d'assurances maritimes, les art. 365-367 C. comm. — Voy. aussi L. 18 juin 1917, modifiant L. 7 avril 1915, qui autorise le gouvernement à rapporter les décrets de naturalisation, obtenus par d'anciens sujets de puissances en guerre avec la France, art. 1er, al. 2, al. 4 et 5.

légales. Car de ces motifs doit dépendre l'intensité des effets qu'on devra leur reconnaître.

En principe, nous l'avons dit[1], la présomption, qui ne subvient qu'à la difficulté d'une preuve adéquate, mais qui ne procure pas la certitude que donnerait celle ci, comporte la possibilité d'une preuve contraire. C'est-à-dire que la partie, à qui on oppose la présomption de droit, et qui n'a pu réussir à en détruire les conditions établies contre elle, peut encore en renverser l'effet, si, s'attaquant directement au fait qui sert de base au droit prétendu par son adversaire, elle démontre positivement, et suivant le droit commun de la preuve, que ce fait contredit, réellement et dans l'espèce, les résultats de la présomption[2]. — On a même pu prétendre, du point de vue théorique tout au moins, que, d'après la nature et la raison d'être de l'institution, ce principe devrait être absolu, que la pleine liberté des preuves, suivant les règles du droit commun, restait, nécessairement et sans limites, réservée contre toute présomption de droit[3].

---

1. Voy. ci-dessus, p. 282 (n° **232**).

2. Voy. ci-dessus, p. 282, texte et note 2 (n° **232**). — C'est, du reste, une règle générale, que toute preuve juridique (qui n'aboutit jamais à une certitude mathématique, voy. ci-dessus, p. 272, texte et note 4 [n° **231**]), comporte la contre-preuve. — Et, il est intéressant d'observer, qu'en certains cas, la preuve, rigoureusement produite en apparence, est, d'après les circonstances, tellement suspecte, qu'elle ne vaut que comme une présomption simple et sauf preuve contraire à fournir par tous moyens. — Voy. notamment, pour le cas d'une stipulation de contrat de mariage, portant que la célébration civile du mariage vaudra quittance de la dot : Bordeaux, 29 mars 1851, *Sirey,* 51. 2. 519. — Rouen, 13 mai 1868, *Sirey,* 72. 2. 101. — Req. rej., 22 août 1882, *Sirey,* 83. 1. 25. — Req. rej., 7 mai 1884, *Sirey,* 85. 1. 28. — Nancy, 7 novembre 1896, D. P., 97. 2. 46. — Req. rej., 21 octobre 1913, *Sirey,* 14. 1. 390. — M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil,* 7e éd., t. III, Paris, 1918, n° **863**, p. 44. — En sens contraire : Dijon, 7 mai 1862, *Sirey,* 63. 2. 34. — *Adde,* sur l'ensemble de cette question : G.-M. Sescioreano, *Des conventions relatives à la preuve de la libération du débiteur,* thèse de doct. Droit, Paris, *1920*-1921, chapitre II, nos **31-44**, p. 72-114.

3. Voy., par exemple : F. Laurent, *Principes de droit civil,* t. XIX,

Toutefois, les exigences techniques ont conduit à dépasser, en certains cas, cette mesure rationnelle et à reconnaître une force plus considérable à la présomption. Ce n'est pas, à vrai dire, parce que celle-ci exprimerait une probabilité très grande, voire même intense et se rapprochant de la certitude. Car cette circonstance produirait, d'elle-même, tout son effet légitime, en rendant extrêmement risquée la preuve dirigée contre la présomption; elle ne justifierait pas l'exclusion ou l'entrave de cette preuve, tant qu'on n'aboutit pas à la certitude proprement dite[1]. — Mais, le motif de la présomption de droit peut être tellement impérieux, reposer sur des considérations si graves et si puissantes, qu'il paraisse dangereux, si l'on veut assurer le but ultime de la loi, d'admettre la libre discussion des résultats de l'induction, qui est à sa base. Pour garantir les intérêts supérieurs qui ont dicté celle-ci, il faut décourager, entraver, peut-être même écarter complètement, la contradiction. Ainsi apparaît, sous l'influence même des besoins auxquels doit satisfaire la technique juridique[2], l'idée de limiter, en certains cas, la preuve libre, normalement ouverte contre la présomption de droit; et cette idée, susceptible de mille degrés ou formes, peut aller, dans son paroxysme, jusqu'à exclure complètement, dans

---

Bruxelles et Paris, 1876, n° **619**, p. 639. — P. Geffroy, *Essai sur les présomptions légales en matière civile,* thèse de doct. Droit français, Paris, 1890-*1891*, n°s **126-127**, p. 167-169. Comp. n° **25**, p. 39-43. — A. Dumora, *Étude sur les présomptions en droit civil,* thèse de doct. Droit, Bordeaux, 1900-*1901*, p. 128-132. — Comp. H. Burckhard, *Die civilistischen Präsumtionen,* Weimar, 1866. Anhang, § **36**, p. 369-407. — Mais voy. E. Bierling, v° Rechtsvermuthungen, dans *Rechtslexikon,* 3 A., t. III, 1, Leipzig, 1881, p. 302-304. — J.-W. Hedemann, *Die Vermuthung nach dem Recht des deutschen Reiches,* Jena, 1904, § **36**, p. 210-218.

1. J'entends la certitude, telle qu'y peut prétendre la preuve juridique (ci-dessus, p. 272, note 4 [n° **231**]), et en tenant compte de la contre-preuve toujours possible (ci-dessus, p. 297, note 2 [n° **234**]).

2. Voy. ci-dessus, n°s **188-189**, p. 33-39.

les cas extrêmes, toute tentative quelconque de preuve contraire[1]. — Par là, on forcera, en quelque sorte, l'artifice de la présomption, jusqu'à la transformer, au dernier degré, en un procédé technique nouveau, qui excède le domaine de la preuve pour régir le fond du droit[2], et sert de chaînon intermédiaire entre la présomption de droit normale et la fiction[3]. C'est ce qu'on a appelé, tantôt présomption absolue par opposition à la présomption simple, tantôt présomption *juris et de jure* au regard de la présomption *juris tantum*[4], disons plutôt présomption irréfragable, faisant brèche à la règle suivant laquelle la preuve contraire est possible.

Il n'en reste pas moins, que cette dénaturation d'un moyen technique, tendant originairement à faciliter la preuve, en un procédé qui l'entrave et va jusqu'à l'exclure, doit être tenue pour anormale et n'être admise, par le droit objectif, que sur des raisons d'intérêt social majeures

---

1. Voy. plus haut, p. 279-283 (n° **232**). — Naturellement, il reste toujours loisible, à l'adversaire de la présomption, de contester que les conditions d'application de celle-ci se rencontrent, en fait, dans l'espèce. Voy. J. UNGER, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, 4 A., Leipzig, t. II, 1876, p. 583, *in fine* (texte) (§ **130**).

2. Comp. ci-dessus : p. 282-283 (n° **232**). — A la suite de POTHIER, *Traité des obligations*, n° **842**, MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, v° Présomption, § II (5e éd., Paris, 1830, t. XIII, p. 13, col. 2), observe judicieusement, que la présomption *juris et de jure* est plus forte que la preuve littérale ou vocale, qui, l'une et l'autre, admettent contre-preuve, voire même que la confession judiciaire, dont l'effet peut être détruit par la preuve d'une erreur.

3. Certains auteurs ramènent purement et simplement la présomption irréfragable à une fiction. Voy. WINDSCHEID-KIPP, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9 A., t. I, Frankfurt, a. M., 1906, p. 680 (note, annexe au § **133**, qui est de KIPP). — Comp. P. de TOURTOULON, *Les principes philosophiques de l'histoire du droit*, Paris et Lausanne, Payot, 1908-1919, p. 462-464. — *Contra* : J. UNGER, *op. cit.*, § **130**, note 19, t. II[4], p. 584. — E. BIERLING, Rechtsvermuthungen, dans *Rechtslexikon*, 3 A., t. III, 1, Leipzig, 1881, p. 302-304. — Comp. ci-après, n° **243**.

4. Nous n'avons ni à étudier l'origine, ni à discuter le mérite de ces dénominations.

et présentant un caractère exceptionnel. Normalement, toute présomption de droit comporte une preuve contraire, dont la liberté n'est limitée que par le système légal des preuves. — Toute dérogation à cette règle suppose des motifs impérieux, tirés de la raison d'être intrinsèque de la présomption elle-même et qui ne peuvent être appréciés et mis en valeur que par les autorités ayant qualité à l'effet de créer celle-ci. Pour le dosage de ces dérogations, il conviendra de ne s'écarter du principe de liberté de la preuve contraire, que dans la mesure strictement imposée par les exigences pratiques. De sorte que celles-ci devront se montrer au plus haut point impérieuses et graves, pour conduire l'auteur qualifié[1] de la présomption jusqu'à l'exclusion absolue de la preuve contraire; et toute réserve possible à cette exclusion sera vue favorablement de l'interprète du droit positif.

Il suit de ces observations, qu'un législateur, pleinement conscient de sa mission technique[2], devrait, chaque fois qu'il établit, dans son incontestable compétence[3], une présomption de droit, se demander si les motifs, qui la justifient, commandent, aussi, et dans quelle mesure, une dérogation au principe de la preuve contraire; et, tenant ce dernier principe pour impliqué, de soi, dans la notion même de présomption, il devrait, en même temps, s'attacher à formuler toutes les modifications, qu'il lui fait subir, dans les cas qui les comportent, en précisant le degré de chacune d'elles; de sorte que l'interprète de la loi pût, dans le doute, fixer la portée de celle-ci par la simple application du principe et sous les réserves positivement établies par l'auteur responsable de la présomption de

1. Sur les autorités qualifiées pour établir des présomptions de droits, voy. ci-après, n° **235**, p. 314 et s.

2. Sur la technique législative, voy. ci-dessus, p. 27, texte et note 1, avec les références (n° **185**); et p. 90-91 (n° **201**).

3. Sur les autorités, qualifiées pour établir des présomptions légales, voy. ci-après, n° **235**, p. 314 et s.

droit entrant en jeu. La règle de la mise en œuvre pratique du droit serait donc : pleine liberté de la preuve contraire aux présomptions légales, sauf les dérogations établies par la loi, qui devront toujours être interprétées et appliquées strictement[1].

La législation française, vue principalement à travers l'œuvre capitale du Code civil de 1804, n'a que fort imparfaitement suivi cette direction. — Il est vrai que le Code Napoléon a réglementé assez soigneusement, et spécialement au point de vue de la preuve admise à leur encontre, certaines des présomptions de droit qu'il consacrait. C'est ce qu'on peut observer, notamment, pour la présomption fondamentale de la paternité légitime (*pàter is est quem nuptiæ demonstrant*), dans les articles 312-314 du Code civil français, complétés ou remaniés depuis la loi du 6 décembre 1850 jusqu'à celle du 30 décembre 1915 (art. 2), et auxquels s'ajoutent encore les précisions des articles 316 à 318, relatives à l'exercice de l'action en désaveu[2]. — Et, ces dispositions ont servi de modèle à la loi du 16 novembre 1912, qui, pour élargir notablement les recherches de paternité naturelle, en refondant tout à fait l'article 340 du Code civil, s'est visiblement efforcée de préciser, tant dans leurs conditions positives d'application que dans les fins de non-recevoir qu'elles peuvent comporter, les circonstances, qui permettront désormais

1. Cette règle paraît avoir servi de base à la nouvelle législation d'Empire en Allemagne. Le § 292 du Code de procédure civile, revisé le 17 mai 1898, et entré en vigueur le 1er janvier 1900, est ainsi conçu : « Stellt das Gesetz für das Vorhandensein einer Tatsache eine Vermuthung auf, so ist der Beweis des Gegenteils zulässig, sofern nicht das Gesetz ein Anderes vorschreibt. Dieser Beweis kann auch durch Eideszuschiebung nach Maszgabe der §§ 445 ff. geführt werden. » — Sur l'origine et la portée dogmatique de cette disposition, voy. J.-W. Hedemann, *Die Vermutung nach dem Recht des deutschen Reiches*, Jena, 1904, §§ **22-24**, p. 117-134.

2. On pourrait encore, d'un point de vue un peu large, ajouter les articles 320 à 325 du Code civil français de 1804.

la déclaration judiciaire d'une paternité hors mariage, circonstances, parmi lesquelles il n'est pas malaisé de discerner quelques applications de l'idée de présomption de droit (voy. notamment le nouvel art. 340, al. 1-1°, 4° et 5° et al. 2-1°), avec cette particularité intéressante, et un peu nouvelle, qu'ici les présomptions, permettant d'induire le fait de paternité, et non mises en échec par les fins de non-recevoir prévues, ne s'imposent pas au juge, mais requièrent encore, de sa part, une appréciation, personnelle et discrétionnaire, des faits concomitants [1]. — On trouverait aussi un système, à peu près suffisant, sur leur valeur probatoire et les preuves qui leur sont opposables, à propos des présomptions de mitoyenneté (et des marques de non-mitoyenneté se présentant comme contre-présomptions) dans les articles 653-654 et 666 (L. 20 août 1881. — *Adde* : art. 670, al. 1-2, modifiés par la même loi) du Code civil français [2]. — En d'autres cas, les auteurs du Code civil se sont bornés, en formulant certaines présomptions, à réserver formellement la possibilité d'une preuve contraire (Voy. notamment l'art. 1283 opposé, sur ce point, à l'art. 1282; les art. 2230, 2231, 2234, 2268. — *Adde* : art. 843, al. 2, modifié par L. 24 mars 1898; art. 559 et 562 C. comm. franç.). Parfois même, ils ont spécifié la preuve contraire, qu'ils tenaient pour admissible (art. 2275 C. civ. franç.; comp. art. 189, al. 2 C. comm. franç. — Voy. aussi art. 1499 et 1504 cbn. art. 1402 C. civ. franç. et art. 557-562 C. comm. franç.). — Mais, en dépit de ces précisions, d'ailleurs restreintes et portées sans plan d'en-

1. Il s'agit là d'une présomption, intermédiaire entre la présomption de droit proprement dite et la présomption de fait. On pourrait la qualifier : présomption de droit facultative (par opposition à l'obligatoire). — Comp. ci-dessus, p. 280, note 3 (n° **232**).

2. Aubry et Rau (*Cours de droit civil français*, § **750**, *in fine*, t. VIII[4], p. 166) voient, dans ces hypothèses, des présomptions de droit, tenant le milieu entre les présomptions *juris tantum* et les présomptions *juris et de jure*.

semble, le législateur français n'a pas, toujours ni même ordinairement, considéré, à propos des présomptions de droit qu'il édictait, le problème de la preuve admissible à leur encontre. Et, il s'en est si bien rendu compte lui-même, qu'esquissant, dans le chapitre du Code civil consacré à la preuve juridique (liv. III, tit. III, chap. vi), une théorie générale des présomptions (sect. iii), il a voulu poser une formule générale, qui fixât, pour toutes les présomptions de droit, non spécialement réglées dans les détails de leur mise en œuvre, les limites de l'admissibilité de la preuve contraire (art. 1352, al. 2 C. civ. franç.). Par son caractère même, cette formule domine toutes les applications, de la présomption de droit, que consacrent les lois françaises; et on a dû en tenir compte dans les lois postérieures au Code civil, quand elles ont formulé des présomptions de droit tombant sous sa disposition générale (Voy. notamment L. 1er juillet 1901, sur le contrat d'association, art. 17, al. 2).

Malheureusement, la tentative de généralisation, que nous offre ainsi le législateur, est loin de répondre aux espoirs, qu'il s'en était promis. Au lieu d'éclairer la question, elle a accumulé autour d'elle des difficultés inextricables.

Que nous dit l'article 1352, alinéa 2, du Code Napoléon? « Nulle preuve n'est admise contre la présomption de la loi, lorsque, sur le fondement de cette présomption, elle annule certains actes ou dénie l'action en justice, à moins qu'elle n'ait réservé la preuve contraire, et sauf ce qui sera dit sur le serment et l'aveu judiciaires. »

Évidemment, par ce texte, le législateur a voulu, principalement, spécifier, au moyen d'une détermination générale, les présomptions de droit, auxquelles il entendait conférer le caractère d'irréfragabilité. En même temps, se sentant mal assuré de la valeur absolue de ses critères, il s'est ménagé la faculté d'admettre, dans tels cas particuliers, une preuve contraire, plus ou moins large, au sujet

des présomptions tombant sous la détermination générale de l'irréfragabilité. Plus encore, il a cru devoir réserver, au moyen d'une formule vague, la possibilité générale de leur opposer un serment ou un aveu qui tendraient directement à les détruire.

De ces trois propositions, il n'est guère que la seconde, relative à l'organisation de la preuve contraire par le législateur dans les espèces concrètes, qui soit pleinement justifiée et ne donne pas prise au doute. Elle est, en effet, absolument conforme à ce que nous a paru devoir être la mission technique des auteurs de la loi en la matière[1]. — Mais, à vrai dire, aussi, son énonciation, qui ne tend qu'à prémunir l'interprète contre l'attribution d'une portée trop absolue à la disposition principale du texte, était superflue. Évidemment, le législateur ne pouvait se brider lui-même par la règle théorique et générale qu'il posait. Et, ne l'eût-il pas dit, on n'aurait pas hésité à admettre que toute preuve, organisée par lui à l'encontre d'une présomption de droit, quel qu'en pût être l'objet, devrait être appliquée, comme il le décidait.

Les deux autres propositions, contenues en l'article 1352, alinéa 2, la première et la troisième, donnent prise aux critiques les plus graves et soulèvent de sérieux embarras d'interprétation.

D'abord, et surtout, la détermination des caractères de la présomption irréfragable, telle que la présente la disposition fondamentale de la loi. Celle-ci indique deux critères, dont l'un est à la fois nécessaire et suffisant, pour entraîner, de droit (et sauf les réserves prévues au texte), l'exclusion de toute preuve contraire à la présomption. — Or, le premier de ces critères, quelle qu'en soit la valeur au fond, offre, du moins, une certaine netteté de décision. Il s'agit des cas où, sur le fondement de la présomption qu'elle édicte ou dont elle s'inspire, la loi annule certains actes.

1. Voy. ci-dessus, p. 300-301 (nº **234**).

Jaubert, dans son rapport au Tribunat sur le chapitre de la Preuve, a cité, comme exemple, les présomptions d'interposition de personnes, tendant à faire tomber les libéralités, adressées en réalité à des incapables de recevoir ou à ceux vis-à-vis desquels la quotité disponible est restreinte (art. 911, al. 2 et art. 1100 C. civ.)[1]. On ajoute volontiers les présomptions, en vertu desquelles la loi annule certains actes des faillis (art. 446 C. comm. franç. de 1807)[2]. [Voy. aussi, en matière d'assurances maritimes, les art. 365 et 366 C. comm. franç.]. Toutes les fois donc qu'une présomption, positivement reconnue à la base des dispositions de la loi, conduit celle-ci à annuler un acte juridique, la preuve contraire doit, sauf réserve, être écartée. — Encore faut-il observer que, parfois, ce critère a laissé prise au doute : ainsi, dans le cas de l'article 918 du Code civil, où les présomptions, qu'il induit des circonstances prévues par lui, ont conduit le législateur, non pas tant à annuler l'acte soupçonné de fraude, que plutôt à en transformer la nature, puisqu'une opération, d'apparence onéreuse, se trouve ici, en vertu d'une double présomption, traitée comme gratuite et dispensée du rapport. On a pu soutenir, sans paradoxe, que pareille décision ne tombait pas sous les termes stricts de l'article 1352, alinéa 2 du Code civil français[3]. Il semble

1. Locré, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. XII, Paris, 1828, p. 533 (n° **32**).

2. Voy. notamment : L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, nouv. éd., Paris, 1885, sur l'art. 1350, n° **4**, *in fine*, t. VII, p. 5. — C. Démolombe, *Cours de Code civil*, t. XXX, n°s **255** et **265**. — Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, § **750**, note 8, t. VIII[4], p. 163. — Ces derniers auteurs indiquent aussi le cas de l'art. 472 C. civ. franç. Là-dessus, voy. ci-après, n° **238**.

3. Voy. notamment : F. Laurent, *Principes de droit civil*, t. XII, Bruxelles et Paris, 1874, n° **130**, p. 174-177. — Comp. G. Baudry-Lacantinerie et M. Colin, *Des donations entre vifs et des testaments*, t. I, n°s **818-819**. — M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 7e éd., t. III, Paris, 1918, p. 813 (n° **3089**, E). — Amiens, 20 août 1840, *Journal du Palais*, 42. 2. 736. — Amiens, 21 janvier 1846, sous

bien, pourtant, qu'une interprétation un peu large, du mot nullité justifierait aisément une solution différente, qui répondrait mieux assurément à la pensée du législateur[1]. — Et ceci nous fait déjà apercevoir, que le premier critère, de l'article 1352, alinéa 2, ne traduit pas exactement l'intention vraie de l'auteur de la loi, qui a voulu surtout tenir *a priori* pour irréfragables les présomptions, par lesquelles il se propose d'énerver toutes les fraudes tentées contre des prohibitions légales fondées sur l'ordre public[2]; la formule juridique, employée par le texte (nullité des actes), reste inadéquate à l'idée, psychologique et morale (fraude à la loi), qu'elle prétend mettre en valeur[3].

Mais l'infirmité de la détermination légale devient tout

Req. rej., 19 août 1847. *Sirey*, 49. 1. 137. — Voy. aussi : Civ. rej., 14 janvier 1884, *Sirey*, 84. 1. 97 avec note critique de G. Demante.

1. Voy. notamment : C. Demolombe, *Cours de Code civil*, t. XIX, nos **517-519**. — Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, § **684** *ter*, texte et notes 11-12, 5e éd. E. Bartin, t. XI, 1919, p. 64. — P. Vernet, *Traité de la quotité disponible*, Paris, 1855, p. 431-432. — J.-E. Labbé, note sous Req. rej., 13 février 1861, *Journal du Palais*, 1861, p. 434. — Civ. cass., 24 août 1874, *Sirey*, 77. 1. 343. — Civ. cass., 26 juillet 1899, *Sirey*, 1900. 1. 177 et note A. Wahl, D. P., 1902. 1. 433. — Rennes, 14 février 1901, D. P., 1903. 2. 441. — Comp. Civ. cass., 26 janvier 1836, *Sirey*, 36. 1. 297. — Poitiers, 23 mars 1839, *Sirey*, 39. 2. 295. — Rouen, 31 juillet 1843, *Sirey*, 44. 2. 30. — Req. rej., 19 août 1847, *Sirey*, 49. 1. 137. — Comp. l'art. 17, al. 2, de la loi du 1er juillet 1901, relative au contrat d'association, qui, toutefois, réserve positivement la preuve contraire.

2. La pensée vraie du législateur apparaît nettement dans un texte du Projet de l'an VIII, livre préliminaire, titre V, article 9 : « Lorsque, par la crainte de quelque fraude, la loi déclare nuls certains actes, ses dispositions ne peuvent être éludées, sur le fondement que l'on aurait rapporté la preuve que ces actes ne sont point frauduleux. » Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1836, t. II, p. 7. — Comp. F. Laurent, *Principes de droit civil*, t. XIX, no **617**.

3. A moins qu'on n'interprète la formule de l'article 1352, alinéa 2 (*in parte qua*), au moyen de l'article 1350-1°, indiquant comme présomptions légales : « 1° les actes que la loi déclare nuls, comme faits en fraude de ses dispositions, d'après leur seule qualité. »

à fait déconcertante, quand on passe au second critère des présomptions irréfragables, défini par l'article 1352, alinéa 2 du Code civil français. Ce texte met, en effet, à l'abri de la preuve contraire, les présomptions de droit, sur le fondement desquelles la loi « dénie l'action en justice ». En dépit de son apparence juridique, cette dernière formule ne présente aucun sens nettement saisissable. — On ne peut s'empêcher d'observer, d'abord, que jamais, à proprement parler, la loi ne dénie l'action en justice, en ce sens qu'elle fermerait brutalement l'accès même du prétoire à certaines réclamations. Semblable procédé serait manifestement contraire à ce principe essentiel de toute constitution sociale moderne, que les tribunaux sont destinés à dirimer tous litiges quelconques entre les hommes. — Il faut donc trouver à la formule de la loi un sens différent de sa signification littérale. Et, l'on en arrive aisément à cette idée, qu'elle viserait ici les cas où l'effet direct de la présomption légale est de ruiner, avant tout débat de fond, la prétention qu'elle contredirait, ou, comme on l'a dit en rectifiant le texte sans lui ôter son allure juridique, de fournir une exception péremptoire contre une action[1]. Mais, si l'on observe que le résultat propre de la présomption légale est de couper court aux discussions délicates, en tranchant d'autorité le point de fait qui emporte la décision de droit, on en conclura que le critère, ici envisagé, s'adapte, à peu près, à toutes présomptions de droit, du moins lorsqu'elles s'opposent à une demande dirigée contre celui qui les invoque. Il n'y aurait donc que celles, invoquées directement à l'appui

---

1. Voy. notamment : L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, nouv. éd., Paris, 1885, t. VII, p. 201 (sur l'art. 1352, n° **4**). — Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, § **750**, texte et note 9, t. VIII[5], p. 163-164. — Comp. C. Demolombe, *Cours de Code civil*, t. XXX, n° **270**. — F. Laurent, *Principes de droit civil*, t. XXX, n° **618**. — G. Baudry-Lacantinerie et L. Barde, *Des obligations*, 3[e] éd., t. IV, Paris, 1908, p. 345 (n° **2662**-2°).

d'une action, pour manquer de l'irréfragabilité. Et ce serait, en réalité, la position, assez accidentelle au fond, occupée par les parties dans la procédure, qui déciderait une question aussi grave. — N'embrassant rien, si on le prend à la lettre, comprenant tout, si on lui assigne une portée intelligible[1], ce second critère des présomptions irréfragables reste, plus encore que le premier, vraiment tout à fait inférieur à son office[2], qui serait de déterminer, en une formule claire et rationnelle, les présomptions, à qui la gravité impérieuse de leurs motifs mériterait le privilège, absolument exceptionnel, d'exclure, *a priori,* toute preuve contraire.

En somme, l'essai de détermination générale, tenté ici par le législateur français, doit être tenu pour complètement manqué. Et, il est difficile de partager la satisfaction, un peu naïve, qu'exprimait Bigot-Préameneu, dans l'Exposé des motifs du projet de loi des obligations, quand, après avoir expliqué le système de l'article 1352[3], il ajoutait : « On fait cesser, par une règle aussi simple et aussi juste,

---

1. Rappr. L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations,* sur l'art. 1352, n° 6, 1re éd., Paris, 1857, t. V, p. 369-370; 2e éd., Paris, 1885, t. VII, p. 203-204, et C. Demolombe, *Cours de droit civil,* t. XXX, n° **266**.

2. Voy., par exemple, de quelle façon artificielle, on prétend justifier le caractère *irréfragable* de la présomption, édictée en faveur de la renonciation de la femme à la communauté, dans le cas prévu par l'article 1463 du Code civil français : A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français,* t. III, Paris, 2e éd., 1921, p. 185.

3. Locré, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France,* t. XII, Paris, 1828, p. 411. — On jugera ce que vaut l'*explication,* en en lisant le passage décisif : « Lorsque la loi elle-même tire du fait connu une telle conséquence qu'elle prononce la nullité, ou qu'elle dénie l'action, le juge ne doit pas tirer une conséquence différente en admettant une preuve contraire. On ne doit excepter que le cas où la loi, n'ayant pas cru la présomption assez forte pour prononcer d'une manière absolue la nullité de l'acte ou la dénégation de l'action, a réservé la preuve contraire. » — F. Laurent, *Principes de droit civil,* t. XIX, nos **617-618**, a poussé plus loin l'explication. Il n'en est pas plus convaincant. Comp. son n° **619**.

de longues controverses sur les caractères distinctifs des présomptions de droit. » — Il semble, d'ailleurs, qu'en rédigeant le texte, qui est devenu l'article 1352, alinéa 2, les auteurs du Code civil n'aient eu en vue que certains cas particuliers des présomptions légales, édictées précédemment par eux, et qu'ils aient surtout voulu rectifier ou compléter les dispositions, peut-être insuffisantes, des articles 911, 1100, 1282 et 1283 (*adde* : art. 1908)[1]. Partant de ces hypothèses spéciales, il leur était difficile d'aboutir à une généralisation heureuse, qui eût exigé un examen attentif du plus grand nombre des applications du système des présomptions de droit. Faute de vues aussi larges, la technique législative devait ici rester en défaut[2].

Quoi qu'il en soit, l'interprétation positive est liée par la formule malheureuse de l'article 1352, alinéa 2 du Code civil français. Et, le meilleur parti qu'elle puisse prendre, pour en tirer des solutions acceptables, consiste à profiter du caractère vague, que conservent les critères légaux de la détermination des présomptions irréfragables (surtout le second de ces critères), pour, étant en présence d'une présomption légale susceptible de tomber sous l'un de ces critères, rechercher, par la pénétration de sa raison d'être intime, si les motifs, qui l'ont fait admettre, commandent véritablement, ou non, l'exclusion de la preuve contraire[3].

---

1. Voy. Rapport fait par M. Jaubert au Tribunat sur le chapitre V du titre des Contrats et des obligations conventionnelles en général, nº **32**, dans Locré, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France,* t. XII, p. 532-533.

2. Le législateur a lui-même parfois complété sa théorie, en admettant comme irréfragables certaines présomptions, qui ne répondent pas à la formule de l'article 1352, alinéa 2 du Code civil. Je citerai le cas de l'article 322 du Code civil français — *Adde,* pour la critique du système des présomptions légales du Code Napoléon : P. Geffroy. *Essai sur les présomptions légales en matière civile*, thèse de doct. Droit français, Paris, 1890-*1891*, nºs **23-25**, p. 38-43.

3. C'est ainsi qu'il a été jugé, qu'en matière commerciale, la remise de billets à ordre, faite par le créancier au débiteur, n'opérait libération de celui-ci, en vertu de l'article 1282 du Code civil français,

— C'est à ce point de vue, que se placent, consciemment ou non, la plupart des interprètes. Et, ils vont si loin, dans cette voie, qu'ils arrivent parfois à tenir pour irréfragables, en raison du motif impérieux qui les justifie, certaines présomptions de droit, ne rentrant pas exactement dans la détermination textuelle de l'article 1352, alinéa 2. J'ai déjà signalé le cas de l'article 918, où l'opinion dominante, tant chez les auteurs que dans la jurisprudence, repousse toute preuve contraire contre une présomption, sur le fondement de laquelle la loi transforme la nature d'un acte plutôt qu'elle ne l'annule, à proprement parler [1]. — Je puis ajouter la présomption, en vertu de laquelle l'article 1384, alinéa 3, déclare responsables, de plein droit et sans justification précise d'une faute à leur charge (comme l'exigerait le principe résultant des art. 1382-1383 C. civ. franç.), « les maîtres et les commettants, du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés ». Certes, il n'y a ici ni nullité d'actes ni dénégation d'action en justice..... tout au contraire. On s'accorde, pourtant, à décider que les maîtres et commettants ne peuvent proposer une preuve efficace à l'encontre de la présomption de la loi et pour échapper à la responsabilité dont elle les accable [2]. Je sais bien que cette interprétation s'étaie surtout d'un argument de texte, déduit *a contrario* de l'alinéa 5 du même article 1384, qui prévoit l'exonération de responsabilité, sous condition d'une preuve contraire à la présomption de la loi, au profit

---

que sauf une preuve contraire, que l'article 12 du Code de commerce français permettait de trouver dans les livres du créancier. — Req. rej., 18 août 1852, *Sirey*, 53. 1. 211.

1. Voy. ci dessus, p. 306, texte et note 1. — Comp. p. 305, texte et note 3 (n° **234**).

2. Voy. G. Baudry-Lacantinerie et L. Barde, *Des obligations*, 3e éd., t. IV, Paris, 1908, p. 615-616 (n° **2911**), avec les nombreuses références de doctrine et de jurisprudence indiquées p. 616, note 2. — *Adde* : J.-A. Roux, note, § 1, sous Aix, 13 mars 1914, *Sirey*, 14. 2. p. 177-178.

des père et mère, instituteurs et artisans, tandis que, par son silence intentionnel, il refuse la même exonération aux maîtres et commettants. Par là, pourrait-on dire, le législateur a, lui-même, complété, pour le cas particulier, son système général, formulé en l'article 1352, alinéa 2. Mais la vraie et décisive raison, qui justifie, à la fois, et la restriction voulue de l'article 1384, alinéa 5, et la décision positive qu'on s'accorde à en dégager, c'est que la responsabilité légale des maîtres et commettants est fondée sur des motifs impérieux (mauvais choix ou défaut de direction), qui, par leur nature et pour assurer pleinement le but de la loi, doivent défier absolument la preuve contraire, suivant la pensée évidente qu'en a eue le législateur pour ce cas particulier[1]. — Et l'on voit ainsi comment la défaillance même de sa technique a ramené, inconsciemment, le législateur, dans la voie qui nous a paru être imposée par les principes[2]. — On pourrait signaler bien d'autres hypothèses, où le même résultat est admis, à propos de dispositions légales, dans lesquelles la présomption de droit *peut* intervenir, à titre d'explication de la règle posée par le législateur. Je citerai, comme exemples : la « présomption de préjudice » par laquelle on peut expliquer la fixation légale de l'intérêt moratoire par l'article 1153 du Code civil[3] ; — la présomption de « convention matrimoniale » qui exclut de la catégorie des donations la clause de répartition inégale ne portant que sur les bénéfices de communauté, d'après l'article 1525, alinéa 2 du Code civil

1. Voy. notamment : Pothier, *Traité des obligations*, n° **121** : « ... ce qui a été établi pour rendre les maîtres attentifs à ne se servir que de bons domestiques. » — Bertrand de Greuille, Rapport au Tribunat, sur le titre IV du livre III du Code civil, dans Locré, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. XIII, Paris, 1828, p. 42-43 (n° **14**).

2. Ci-dessus, p. 299-301 (n° **234**).

3. Comp. A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, 2e éd., t. II, Paris, 1920, p. 27.

français [1]; — et encore la présomption qui peut être placée à la base de la règle des articles 1409-2° et 1419 du Code civil, mettant à la charge de la communauté les obligations de la femme commune autorisée du mari [2].

Mais ce n'est pas tout. La troisième proposition, contenue en l'article 1352, alinéa 2, du Code civil français, et qui se dégage de ses derniers mots, nous met en présence d'une nouvelle énigme et nous menace d'une obscurité presque invincible. Que peut bien signifier cette disposition, qui réserve, à l'encontre des présomptions de droit, spécifiées comme irréfragables, « ce qui sera dit sur le serment et l'aveu judiciaires »? — Faut-il voir là une réserve sans portée pratique s'expliquant par les hésitations d'un législateur embarrassé? Faut-il, au contraire, y découvrir une limitation positive du principe, trop absolu en soi, de l'irréfragabilité, et qui se justifierait par le caractère spécial de l'aveu ou du serment, impliquant, chez celui dont ils émanent, une volonté réfléchie et libre de renoncer au bénéfice exorbitant de la loi, et supprimant dès lors toute discussion? Ou bien, ne convient-il pas plutôt, suivant le sens naturel de la phrase qui les exprime, de trouver, dans les derniers mots de l'article 1352, alinéa 2, un renvoi pur et simple à la *possibilité* d'une réserve, par suite des règles, que le législateur devait fixer plus loin touchant l'aveu et le serment judiciaires, sauf à constater que l'examen de ces règles ne révèle aucune solution nette de la difficulté, ce

1. Du moins, suivant l'interprétation de F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. XXIII, n° **384** et de L. GUILLOUARD, *Traité du contrat de mariage*, t. III, n° **1627**. — Mais, voy. E. BARTIN, sur AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, 5e éd., t. VIII, 1916, § **530**, note 17, *in fine*, p. 396.

2. D'après les explications de P. GEFFROY, *Essai sur les présomptions légales en matière civile*, thèse de doct. Droit français, Paris, 1890-*1891*, p. 119-120 (n° **84**); cf. p. 120-122. — Rappr., encore, l'acceptation tacite de succession (art. 778 C. civ. franç.), d'après la discussion poursuivie à la *Société d'études législatives* (*Bulletin* de cette Société, 1911, t. X, p. 33 et suiv.; p. 105-112).

qui nous ramènerait, pour le fond, à dénier toute portée sérieuse à la réserve de la loi [1]? — Placés en face de ces diverses alternatives, dont aucune ne satisfaisait pleinement leur sens juridique, les interprètes se sont, le plus généralement, prononcés pour donner à la réserve de la loi une sérieuse efficacité. Et, ils ont reconnu, tout au moins, la possibilité d'admettre, suivant le cas, l'expédient d'un aveu ou d'un serment, qui, émané de l'adversaire de la présomption, fît échec à celle-ci en dépit de son irréfragabilité. Toutefois, ils n'acceptent la réserve, ainsi comprise, que pour les présomptions, qui sont exclusivement établies dans un intérêt privé, et qui ne se rattachent pas à des matières dans lesquelles l'aveu et le serment sont inadmissibles ; ce qui l'exclut, à tout le moins, à l'encontre de la chose jugée et de la plupart des cas de prescription. Pour le surplus, l'application de la même réserve comporte des variétés et des divergences de détail, puisqu'elle ne peut être faite judicieusement, qu'en tenant compte de la cause essentielle de la présomption irréfragable (intérêt privé, ordre public) et en examinant si, d'après leur nature, les faits à établir comportent l'aveu ou l'affirmation sous serment [2]. — Sans entrer davantage dans le développement de la controverse, il me suffit de constater que l'opinion prédominante, et dont je viens d'esquisser les grandes lignes, ne peut que confirmer, de plus fort, les idées résumées plus haut touchant la force, extrêmement variable et nuancée, des présomptions de droit [3].

---

1. Cons., notamment, sur l'ensemble de la controverse : J. Geffroy, *Essai sur les présomptions légales en matière civile,* thèse de doct. Droit français, Paris, 1890-*1891,* nos **27-37**, p. 43-57.

2. Voy. notamment : C. Demolombe, *Cours de Code civil,* t. XXX, nos **275-278**. — Aubry et Rau, *Cours de droit civil français,* § **750**, texte et notes 11-14, t. VIII[5], p. 164-165. — F. Laurent, *Principes de droit civil,* t. XIX, nos **621-623**. — G. Baudry-Lacantinerie et L. Barde, *Des obligations,* 3e éd., t. IV, Paris, 1908, p. 345-346 (no **2664**). — *Adde :* Civ. rej., 13 janvier 1875, *Sirey,* 75. 1. 244.

3. Voy. ci-dessus, p. 281-283 (no **232**) ; no **233**, p. 287-296 ; p. 297-300 (no **234**).

235. — Reste, au sujet des présomptions de droit, telles qu'elles ont été spécifiées plus haut [1], et considérées comme instruments techniques de la jurisprudence, une très grosse question : Où ces présomptions peuvent-elles, dans l'état actuel de notre droit positif, trouver leur source légitime? Quelle autorité est compétente pour les reconnaître, en définir les conditions, en préciser les effets? — La réponse semble s'imposer et se déduire de la dénomination même, donnée le plus habituellement au procédé. Puisqu'il s'agit de présomptions *légales*, à la loi seule il appartient de les créer et de spécifier leur portée sous tous rapports. N'est-ce pas ainsi seulement que se justifiera la valeur propre, que MONTESQUIEU leur assignait au regard des présomptions judiciaires [2] ? Et, aussi bien, nulle autorité, autre que celle de la loi, n'apparaît qualifiée, pour transformer les éléments naturels de la preuve juridique, et changer les incertitudes ou les vraisemblances en vérités acquises, de façon à imposer à l'interprète, et parfois sans possibilité de preuve contraire, une appréciation de faits, qui pût ne pas correspondre à sa conviction intime. Ainsi s'explique que l'article 1350, alinéa 1, du Code Napoléon, nous présente la présomption légale comme résultant d' « une loi spéciale ».

Telle est, en effet, l'opinion courante. Elle paraît tellement évidente, qu'on se contente généralement de l'affirmer sans démonstration ni discussion [3]. Récemment, pourtant,

---

1. Voy. ci-dessus, p. 279-283 (n° **232**).

2. Voy. ci-dessus, p. 280, note 2 (n° **232**).

3. Voy. notamment : DEMANTE et COLMET DE SANTERRE, *Cours analytique de Code civil*, t. V, n° **327** *bis*-I. — L. LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, nouv. éd., Paris, 1885, sur l'art. 1350, n° **2**, t. VII, p. 4; comp. n° **3**, p. 4-5. — C. DEMOLOMBE, *Cours de Code civil*, t. XXX, n°s **251-253**. — F. LAURENT, *Principes de droit civil*, t. XIX, n°s **607-608**; comp. n° **610**. — G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Des obligations*, 3e éd., t. IV, Paris, 1908, p. 340 (n° **2653**, *in fine*). — Ch. LYON-CAEN, note, sous Civ. cass., 7 janvier 1907, *Sirey*, 1907. 1. 113. — P. GEFFROY, *Essai sur les présomptions légales en matière civile*,

elle vient d'être mise en doute [1]. Et j'estime qu'elle mérite un sérieux examen critique.

Avant tout, il importe de nous préciser sa portée pratique, en dégageant les conséquences du principe qu'elle implique. Fort souvent, ces conséquences n'apparaissent pas en toute netteté, parce que le résultat visé peut être obtenu au moyen de présomptions de fait, assurément livrées à l'appréciation discrétionnaire du juge. Du moment que celui-ci est fondé à tenir pour vrai ce qu'il inférerait des indices variés qui s'offrent à lui, rien ne l'empêche de s'approprier, *in concreto,* et d'après les circonstances particulières de l'espèce, un raisonnement identique à celui qui conduit, *in abstracto,* et par généralisation, à la présomption de droit. Peu importe donc qu'il ait ou non qualité pour créer celle-ci, s'il arrive au même point par le procédé que lui permet incontestablement sa fonction [2]. — Mais,

---

thèse de doct. Droit français, Paris, 1890-*1891,* n° **8**, p. 16-19 et p. 70-71 (n° **44**). Mais voy. p. 20 (n° **9**, *in fine*) et p. 23 (n° **11**, *in fine*). — G. Aron, *Théorie générale des présomptions légales en droit privé,* thèse de doct. Droit, Paris, 1894-*1895,* n° **19**, p. 15-16; n^{os} **53-91**, p. 35-54; n^{os} **233-259**, p. 130-144. — Écrivant en vue du droit commun allemand, de son époque, H. Burckhard, *Die civilistischen Präsumtionen,* Weimar, 1856, p. 222-224 et p. 226 (§ **26**), admet l'établissement de présomptions de droit en vertu d'une loi ou d'une coutume établie. *Adde,* pour ce qui touche l'extension des présomptions reconnues : *ibid.*, p. 360-362 (§ **34**). — Comp. J.-W. Hedemann, *Die Vermuthung nach dem Recht des deutschen Reiches,* Jena, 1904, § **50**, p. 339-344. — R. von Jhering, *Der Besitzwille,* Jena, 1889, p. 192, note 1 (§ IX), trad. franç. de Meulenaere, *Du rôle de la volonté dans la possession,* Paris, 1891, p. 167, note 87 (§ IX), déclare que « la loi établit des présomptions, le juriste établit des critères ». Mais il ne donne aucune explication de cette formule (présentée à propos du diagnostic de l'*animus novandi*), qui reste, telle quelle, trop énigmatique, pour en permettre une discussion, voire une induction précise.

1. M. Planiol, note *in fine*, p. 18, col. 2, dans D. P., 1907. 2. 17, sous Trib. civ. Seine, 24 janvier 1906, et Rennes, 26 juillet 1906; — et *Traité élémentaire de droit civil,* 8e éd., t. II, Paris, 1921, p. 6 (n° **15**), qui cite encore Riom, 30 juillet 1908, sous Cass. D. P. 1908. 1. 172.

2. Voy. en un exemple dans *Trib. de Tunis* (1re ch.), 3 avril 1916, *Revue algérienne et tunisienne de législation et de jurisprudence,* 1916. 2. 303, et la note É. Larcher.

d'une part, il est des cas où, d'après le système positif des preuves légales, les présomptions de fait ne sont pas à la disposition du juge (art. 1341, 1348 et 1353 C. civ. franç.), alors que rien ne limite le champ des présomptions de droit. — D'autre part, et d'une façon plus générale, tandis que la présomption de fait est à la discrétion de l'interprète, et que sa mise en œuvre rentre dans le pouvoir souverain des juges du fond [1], la présomption de droit, quand elle intervient légitimement, s'impose à eux dans les termes de la règle qui l'énonce [2], et leur jugement reste, de ce chef, soumis au contrôle de la juridiction suprême, chargée de veiller à la saine application du Droit. C'est de ce dernier point de vue surtout, qu'apparaît tout l'intérêt pratique de notre problème. Si la loi seule peut légitimement formuler les présomptions de droit, le juge, placé en face de circonstances, qui autoriseraient des inductions d'intérêt juridique, est tenu, de par sa fonction et sous menace de cassation, d'appliquer ces inductions, lorsqu'elles résultent d'un texte positif; aussi bien, qu'à défaut de celui-ci, il les met en œuvre *à sa guise,* comme présomptions de fait et n'encourrait la censure suprême, que s'il s'était considéré comme obligé d'en tenir compte, au lieu d'user, à leur égard, de son pouvoir discrétionnaire [3]. — Que si l'emploi des présomptions de fait est exclu de par la nature de l'affaire et en vertu du système légal des preuves (art. 1341-1348 et art. 1353 C. civ. franç.), il est trop clair que tout usage d'une présomption par le juge

---

1. Voy. notamment G. Baudry-Lacantinerie et L. Barde, *Des obligations,* 3e éd., t. IV, Paris, 1908, p. 373, texte et notes 2 et 3 (n° **2699**, *initio*), avec les nombreuses références. — *Adde :* Req. rej., 4 mars 1912, D. P., 13. 1. 178.

2. Il faut, bien entendu, réserver les cas exceptionnels de ce que j'ai appelé la « présomption de droit facultative ». Voy. ci-dessus, p. 280, note 3 (n° **232**) et p. 302, note 1 (n° **234**).

3. Comp. L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations,* nouv. éd., Paris, 1885, sur l'art. 1350, nos **1-2**, t. VII, p. 3-4. — *Adde :* E. Faye, *La Cour de cassation,* Paris, 1903, p. 168-169 et p. 172 (n° **154**).

est condamnable, à défaut d'un texte de loi, pour ceux qui refusent à toute autre autorité le pouvoir de créer des présomptions de droit.

Et — il importe de le remarquer — pareille doctrine, — d'après les raisons mêmes qui l'appuient[1] — ne peut être que très strictement entendue. Puisqu'on considère que le danger d'arbitraire, inhérent au procédé de la présomption de droit, requiert la barrière d'une formule écrite, émanée de l'autorité souveraine, il faudra s'en tenir étroitement à la place et au contenu de cette formule, et, tout en l'interprétant d'après son esprit[2], n'en jamais excéder ni les termes, ni la portée. Toute déviation de cette ligne ferme constituerait une atteinte au principe et représenterait un empiétement condamnable de l'interprétation sur la sphère réservée, par hypothèse, à la loi[3].

Le problème ainsi nettement posé, — si nous voulons maintenant, usant de la simple observation, rechercher, d'abord, quelle solution il a reçue, en fait, d'après les opinions concrètes des auteurs ou les décisions des arrêts, nous sommes, je crois, contraint à constater, que ni la doctrine ni la pratique ne sont restées fidèles à l'idée, que les présomptions ne trouvent une base légitime que dans un texte formel et précis de la loi. On peut, d'ailleurs, relever plusieurs degrés dans les échecs, qu'a subis le principe, si témérairement affirmé. — *a*) Certaines présomptions de droit, édictées par la loi, en vue de situations précisément déterminées, ont été étendues, par une sorte de nécessité de fait, à des situations voisines. J'ai déjà

---

1. Voy. ci-dessus, p. 314 (nº **235**).

2. Voy. application, à propos des art. 1282 et 1283 C. civ. franç., dans F. Laurent, *Principes de droit civil,* t. XVIII, nº **342**.

3. Comp. L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations,* nouv. éd., Paris, 1885, sur l'art. 1350, nº **1**, t. VII, p. 4. — C. Demolombe, *Cours de Code civil,* t. XXX, nº **251**. Comp. t. XIII, nº **111** ; — et surtout : F. Laurent, *Principes de droit civil,* t. XIX, nºˢ **607, 608, 610, 614**. *Adde,* pour l'application : *ibid.,* t. XVIII, nºˢ **347, 350-354, 355-359** (à propos des art. 1282-1283 C. civ. franç).

laissé entendre[1] que les présomptions légales sur la durée des gestations utérines, formulées, pendant longtemps, exclusivement en vue de l'établissement de la filiation légitime (art. 312, al. 2; art. 313, al. 2; art. 314-315 C. Napoléon), avaient été appliquées sans conteste pour la preuve de la filiation naturelle, avant même que des lois récentes n'aient, par le texte nouveau qu'elles introduisaient au Code civil, fourni quelques inductions en ce sens (art. 331, al. 2, suivant texte de L. 7 novembre 1907; art. 331, al. 3-2°, depuis L. 30 décembre 1915 et art. 340, al. 2-1° et 2°, en vertu de L. 16 novembre 1912). Il en est de même de la présomption de droit complémentaire, qui, pour fixer le moment précis de la conception d'un enfant, place celle-ci au jour le plus favorable (*omni meliore momento*) de la période légale des cent quatre-vingt-un jours représentant tout le délai dans lequel elle a pu se placer; et cette présomption elle-même se déduit moins du texte de la loi que de son esprit supposé[2]. Par ailleurs, ces mêmes présomptions, établies exclusivement en vue de la preuve de la filiation avec les conséquences nécessaires qui en résultent (notamment pour les droits de succession *ab intestat*), sont couramment appliquées, quand il s'agit de savoir si un appelé à succession était conçu (et comme tel capable d'hériter), au moment de l'ouverture de celle-ci, et alors même que cette question d'aptitude successorale se poserait indépendamment de tout débat sur la légitimité. Telle est, du moins, la solution, constamment approuvée par la jurisprudence[3], en dépit des oppositions, plus ou moins larges, main-

1. Voy. ci-dessus, p. 289 (n° **233**).

2. Comp. ci-dessus, p. 290, texte et notes 1-3 (n° **233**).

3. Voy. notamment : Paris 19 juillet 1819 et Req. rej., 8 février 1821, *Sirey chron.*, C. N., t. VI, 1, p. 379. — Orléans, 16 mars 1832, sous Req. rej., 28 novembre 1833, *Sirey*, 34. 1. 668. — Grenoble, 20 janvier 1853, *Sirey*, 53. 2. 716. — Poitiers, 24 juillet 1865, *Sirey*, 65. 2. 271.

tenues par certains auteurs en vertu du principe[1]. Ces oppositions même s'atténuent quand il s'agit de généraliser des présomptions légales, d'effet moins grave, réservées pourtant par les textes à des hypothèses déterminées : telle, la présomption de l'article **1731** réputant, à défaut d'un état de lieux, la chose louée reçue en bon état, qu'on étend volontiers à des cas voisins de la location[2]; telle encore la présomption de bonne foi, proclamée par l'article **2268** du Code civil, dont on fait bénéficier le possesseur en dehors de l'hypothèse d'une prescription acquisitive[3]; telle aussi, la présomption de désintéressement de la femme obligée solidairement avec son mari, qui, présentée par l'article **1431** du Code civil français, pour le régime de communauté, est appliquée en faveur de la femme, sous quelque régime qu'elle se trouve mariée[4]; telle enfin, la présomption de renonciation de la femme à la communauté, qui, formulée par l'article **1463** du Code civil français, pour les cas de divorce ou de séparation de corps, est couramment étendue à l'hypothèse de la séparation de biens judiciaire[5]. —

---

1. Voy. notamment : G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL, *Des successions*, 3e éd., Paris, 1905, nos **179-181**, t. I, p. 144-148, avec les références.

2. Voy., par exemple, en matière d'usufruit : AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, § **229**, texte et note 6, t. II[5], Paris, 1897, p. 671, avec les références. — *Contra* : F. LAURENT, *Principes de droit civil*, t. VI, n° **504**. — G. BAUDRY-LACANTINERIE et M. CHAUVEAU, *Des biens*, 3e éd., Paris, 1905, p. 416 (n° **645**).

3. Voy. notamment, à propos de l'acquisition des fruits fondée sur les articles 549 et 550 du Code civil français : G. BAUDRY-LACANTINERIE et M. CHAUVEAU, *Des biens*, 3e éd., Paris, 1905, n° **311**, p. 220-221, qui, d'ailleurs, se prononcent en sens contraire. *Adde* : nos **312-315**, p. 221-223.

4. Voy. notamment : Paris, 20 juillet 1833, *Sirey*, 33. 2. 395. — Toulouse, 15 février 1851, avant Req. rej., 9 août 1852, *Sirey*, 53. 1. 197. — Alger, 27 juin 1892, *Sirey*, 93. 2. 241. — TROPLONG, *Contrat de mariage*, t. 2, n° **1049**. — A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil*, 2e éd., t. III, Paris, 1921, p. 110-111.

5. Voy. notamment : Agen, 14 mai 1861, D. P., 61. 2. 226. —

b) Parfois, une présomption légale est manifestement étendue, au delà de la loi qui la consacre, par la suppression de la preuve d'une condition textuellement mise à son emploi. C'est à quoi aboutit la doctrine, la plus généralement admise, suivant laquelle la condition d'une remise « *volontaire* » par le créancier au débiteur n'a pas besoin d'être positivement établie pour procurer à ce dernier le bénéfice de la présomption de libération, issue des articles 1282-1283 du Code civil français[1]. Et, sans doute, on peut penser que pareille solution assure seule la pleine utilité pratique de ces textes. Il n'en reste pas moins qu'elle en outrage violemment la formule et qu'elle ajoute une présomption de droit, basée sur la probabilité de bonne foi, mais introduite par la seule autorité des interprètes, à la présomption légale que définissent nettement les textes[2]. Pour des motifs analogues, on s'accorde, en pratique, à admettre que la vacance d'une succession, basée toujours sur une présomption de droit, est réalisée dès que les héritiers du premier degré ont renoncé, encore que le texte de l'article 811 du Code civil français exige qu'il n'y ait pas d'héritiers connus ou que les héritiers connus aient renoncé, ce qui vise manifestement *tous les*

A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français,* t. III, 2e éd., Paris, 1921, p. 185.

1. Voy. notamment : Aubry et Rau, *Cours de droit civil français,* § **323**, texte et note 32, t. IV[5], Paris, 1902, p. 340-341, qui semblent bien se fonder sur une véritable présomption de droit, surajoutée à celle de la loi (*Adde :* § **750**, texte et note 3, t. VIII[4], p. 162). Ils donnent, d'ailleurs, à entendre que la jurisprudence n'est pas, sur cette question, absolument certaine. — D'autres auteurs n'admettent ici qu'une présomption de fait, à dégager des circonstances concrètes : G. Baudry-Lacantinerie et L. Barde, *Des obligations,* 3e éd., t. III, Paris, 1908, n° **1781**, p. 106-107. — Plus nettement, contre toute présomption : F. Laurent, *Principes de droit civil,* t. XVIII, nos **355-359**.

2. Comp. F. Laurent, *Principes de droit civil,* t. XVIII, nos **355-359**.

successibles saisis[1]. Et, ici encore, c'est la nécessité pratique, qui a paru justifier un renforcement de la présomption légale. Mais ce renforcement ne s'opère que par la dénaturation du texte[2]. — *c*) La jurisprudence est allée beaucoup plus loin, en reconnaissant directement, comme s'imposant à l'interprète, de véritables présomptions de droit, qui n'ont aucun appui sérieux dans la loi. Si j'écarte, comme équivoques, les hypothèses, dans lesquelles les solutions des arrêts peuvent s'expliquer par le jeu de l'admission libre de présomptions de fait[3], je citerai la présomption qui, débordant manifestement le texte abstrait des articles 546 et 551 du Code civil français, répute le propriétaire d'une usine légalement propriétaire du biez qui y amène l'eau et du canal de fuite par lequel elle s'écoule, lorsque ce biez et ce canal ont été creusés de main d'homme, et pour le service de l'usine[4]; celle encore, mentionnée

1. Voy. notamment : M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 7e éd., t. III, Paris, 1918, n° **2038**, p. 449.

2. Aussi, certains auteurs persistent-ils à protester contre la pratique. Voy. notamment : Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, § **641**, texte et note 3, t. X de la 5e éd. (E. Bartin), Paris, 1918, p. 420-422. — G. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Des successions*, 3e éd., Paris, 1905, t. II, n° **1932**, p. 542-546.

3. Voy., par exemple, en ce qui concerne la propriété des accotements, fossés et talus des chemins vicinaux : Toulouse, 11 février 1910 et Req. rej., 11 décembre 1911, *Sirey*, 12. 1. 380. — *Adde*, pour la propriété des francs-bords d'un canal artificiel ou de fossés et pour celle d'un terrain compris dans la distance prescrite par la loi pour les plantations voisines, etc. : Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, § **192**, texte et notes 9-19, t. II[6], p. 285-287. — De même, la présomption de régularité du testament, qu'ont souvent consacrée les arrêts, en cas de destruction ou de dissimulation par le fait de l'héritier (Nancy, 22 juin 1895 et 2 mai 1896, *Sirey*, 96. 2. 263, et, à la suite, Req. rej., 25 octobre 1897, *Sirey*, 98. 1. 128. — Douai, 1er avril 1899 et Besançon, 12 juillet 1899, signalés par Colin-Capitant, *Cours élémentaire de droit civil*, t. III, Paris, 2e éd., 1921, p. 346), n'est admise que comme présomption simple, en vertu de l'article 1353 du Code civil français. Voy. Req. rej., 8 décembre 1902, *Sirey*, 1904. 1. 132, et les références de la note (1-4). — Rappr. ce qui a été dit ci-dessus, p. 315-316 (n° **235**).

4. Voy. notamment : Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*

plus haut[1], qui, pour assurer les récompenses dues à la femme commune, à raison d'un de ses propres aliénés durant le mariage, admet, sans preuve, que le prix en aurait été encaissé par le mari[2]; celles aussi, au moyen desquelles la Cour de cassation sait couvrir la régularité formelle des jugements ou arrêts qui lui sont soumis, en admettant l'assistance continue aux diverses audiences, consacrées à une cause, des magistrats mentionnés dans l'arrêt ou le jugement comme ayant concouru à la décision rendue[3], ou du greffier, qui a apposé sa signature à la fin du jugement[4]; la présomption légale d'antériorité résultant de l'inscription d'un acte avant un autre sur les registres tenus à la Conservation des hypothèques[5]; celle enfin qui, dénaturant manifestement le texte comme le sens de l'ar-

---

§ **192**, texte et notes 6-8, t. II[2], Paris, 1897, p. 282-284, avec les références. — *Adde*, par exemple : Req. rej., 4 février 1873, *Sirey*, 73. 1. 53 : « Attendu que le propriétaire d'un moulin établi sur un canal de dérivation creusé de main d'homme est, en vertu des articles 546 et 551 du Code civil, présumé propriétaire de ce canal ; — que cette présomption légale, qui le dispense de toute preuve, ne peut céder que devant la preuve contraire. »

1. Voy. ci-dessus, p. 293, texte et note 3 (n° **233**).

2. Les termes des arrêts de la Cour de cassation, qui consacrent cette solution, montrent bien qu'il s'agit d'une présomption légale. Voy. notamment : Req. rej., 18 janvier 1897, *Sirey*, 97. 1. 455. — S'il n'y avait que présomption de fait, la Cour suprême s'en remettrait au pouvoir souverain des juges du fond.

3. Voy., par exemple : Req. rej., 17 octobre 1900, *Sirey*, 1901. 1. 79 : « Attendu qu'une telle mention... fait légalement présumer que les magistrats, qui ont concouru à la décision, ont pris part à toutes les audiences consacrées aux débats. » — Comp. Req. rej., 19 avril 1887, *Sirey*, 87. 1. 320. — Civ. cass., 16 janvier 1894, *Sirey*, 95. 1. 97. — Req. rej., 2 décembre 1895, *Sirey*, 96. 1. 239. — Pau, 20 mai 1899, *Sirey*, 99. 2. 212. — Req. rej., 18 octobre 1904. *Sirey*, 1904. 1. 512. — *Adde*: Req. rej., 26 juin 1911, *Sirey*, 12. 1. 164.

4. Civ. cass., 18 février 1914, *Sirey*, 15. 1. 109, et les renvois de la note (3-4).

5. Voy. notamment : Req. rej., 18 décembre 1888, *Sirey*, 89. 1. 64. — Caen, 18 juin 1908, *Sirey*, 1909. 2. 300. — Comp. Bastia, 12 décembre 1881, *Sirey*, 83. 2. 9. — Nancy, 16 mai 1894, *Sirey*, 94. 2. 191. — Paris, 15 mai 1900, *Sirey*, 1902. 2. 187.

ticle 1283 du Code Napoléon, protège, jusqu'à preuve contraire, contre une réclamation de frais ou honoraires, le client qui a reçu du notaire la délivrance de la grosse ou même de simples expéditions de son acte[1].

Comment encore expliquer, autrement qu'au moyen d'une présomption de droit, forgée de toutes pièces, par une extension hardie, voire même quelque peu dénaturée, du système légal de l'interdiction, les décisions qui, pour annuler une disposition gratuite en vertu de l'article 901 du Code Napoléon, se contentent de la preuve de l'état habituel de démence de son auteur pendant les années qui ont précédé et celles qui ont suivi la libéralité, en imposant au gratifié la justification de l'intervalle lucide, durant lequel il prétendrait placer le testament ou la donation dont il se prévaut[2]? — Et, je pourrais également citer la jurisprudence, trop peu appréciée jusqu'ici, qui, présumant un mandat tacite de la femme, toutes les fois que le mari se porte adjudicataire de l'immeuble où celle-ci a un droit indivis, écarte, en fait, dans la plupart des cas, les diffi-

---

1. Voy. notamment : Civ. cass., 14 mai 1888, *Sirey*, 89. 1. 12 : « Attendu que, sans qu'il y ait lieu de s'arrêter à la distinction faite par la Cour d'appel entre les simples expéditions et les grosses..., la délivrance sans réserve par le notaire... des expéditions d'actes produites... fait, aux termes de l'article 1283 du Code civil, légalement présumer, sans préjudice de la preuve contraire, la remise ou le paiement des frais et honoraires... » — Cons. G. Baudry-Lacantinerie et L. Barde, *Des obligations*, 3e éd., t. III, Paris, 1908, n° **1785**, p. 113-114, et les renvois de la note 1 de la p. 113. — *Adde :* Civ. cass., 7 janvier 1907, *Sirey*, 1907. 1. 113, et la note Ch. Lyon-Caen, qui se prononce en sens contraire.

2. Voy. notamment : Dijon, 22 décembre 1881, *Sirey*, 83. 2. 38 et la note. — Req. rej., 8 juillet 1901, *Sirey*, 1902. 1. 124. — Req. rej., 1er mars 1904, *Sirey*, 1904. 1. 400. — *Adde :* Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, § **648**, texte et note 7, 5e éd. (E. Bartin), t. X, Paris, 1918, p. 461. — Aussi, les auteurs, qui repoussent toute extension des présomptions légales par voie d'interprétation, critiquent-ils cette jurisprudence. Voy., par exemple : A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. III, 1re éd., Paris, 1916, p. 627. Mais l'opinion de ces auteurs est un peu différente dans leur 2e éd., 1921, p. 635.

cultés soulevées par la disposition, quelque peu tortueuse, de l'article 1408, alinéa 2, du Code civil (retrait d'indivision), pour faire prévaloir, d'une façon à peu près générale, et même lorsque le mari a paru agir en son nom personnel, la solution, beaucoup plus simple et plus nette, de l'alinéa 1 du même texte, réserve faite seulement, pour ce dernier cas, de l'option, que l'alinéa 2 accorde positivement à la femme[1].

On a pu prévoir aussi, d'après les indices révélés par certains arrêts, la précision prochaine d'une jurisprudence, qui élargirait le champ des présomptions de faute et admettrait une responsabilité fondée, de droit, sur certaines conditions objectives[2]. — Mais, sans entrer dans le domaine des hypothèses[3], il n'est que de signaler le prétendu mandat domestique de la femme mariée, pour faire apparaître, comme universellement admise, tant par les

---

1. Voy. Civ. rej., 17 février 1886, *Sirey*, 86. 1. 161, avec note critique Ch. LYON-CAEN. — Comp. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 7e éd., t. III, Paris, 1918, n° 966, p. 87-88. — L'intérêt de la présomption, introduite ici par la Cour de cassation, a été bien mis en relief par A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, 2e éd., t. III, Paris, 1921, p. 79-84.

2. Voy. notamment, en ce qui concerne la responsabilité des « entrepreneurs de battage », qui promènent à la campagne leurs machines marchant à la vapeur, la note de M. PLANIOL, sous Rennes, 26 juillet 1906, D. P., 1907. 2. 17 (p. 18, col. 2). — Voy. aussi Riom, 30 juillet 1903, sous Req. rej., 28 juin 1905, D. P., 1908. 1. 172, qui, toutefois, ne semble pas formuler une présomption de droit.

3. On pourrait signaler encore la présomption, tirée par les arrêts de l'article 350 du Code de commerce, en vue d'assurer le jeu pratique des assurances maritimes, savoir, qu'à supposer prouvées, par l'assuré, la mise en risque et la fortune de mer, il est admis, jusqu'à preuve contraire par l'assureur, que le sinistre est arrivé dans le temps et le lieu de l'assurance. Voy. notamment : Civ. cass., 18 janvier 1910, *Sirey*, 16. 1. 36. — Il semble qu'on doive aussi tenir, pour *pratiquement nécessaire*, la présomption de droit, suivant laquelle un objet, confié à un entrepreneur de transport, est réputé perdu au bout d'un certain délai écoulé après l'époque fixée pour sa livraison. Voy. L. LACOUR et J. BOUTERON, *Précis de droit commercial*, 2e éd., Paris, 1921, t. I, p. 580, texte et note 3 (n° 1016).

auteurs que par les arrêts, et sauf divergence sur certains détails de son application, un ensemble de solutions, qui, ne pouvant s'expliquer par une présomption concrète de volonté, en une matière où la preuve par présomptions simples est inacceptable[1], devient un exemple manifeste d'une présomption de droit; cette présomption, qui n'est consacrée formellement par aucun texte[2], repose, tout au plus, sur la coutume et a permis d'insérer, par interprétation, dans notre régime des rapports entre époux, une masse importante de solutions juridiques des plus précieuses[3].

D'autre part, il est également intéressant d'observer que, suivant parfois une tendance, contraire, en apparence, au fond pourtant, en harmonie profonde, avec la précédente, les arrêts ne se sont pas refusés à restreindre, de parti pris, la portée de certaines présomptions édictées formellement par la loi, lorsqu'elles paraissaient constituer une entrave, plutôt qu'un secours, à la juste appréciation des choses. — C'est ainsi, qu'en matière de testament, et quand il s'agit avant tout d'appliquer aussi libéralement que possible la volonté du disposant, la jurisprudence française a su limiter, par une interprétation délibérément étroite, certaines présomptions légales, instruments aujourd'hui désuets, qui risquaient de compromettre le but, sous le fallacieux prétexte de le mieux atteindre : telles, la présomption qui justifie l'article 1040 du Code civil[4], celle

1. Cons. Fr. Geny, préface à P. Binet, *La femme dans le ménage,* Paris, 1904, p. XVII-XVIII. — Rappr. ce qui a été dit ci-dessus, p. 250-256 (n° **226**).

2. On ne saurait invoquer l'article 1420 du Code civil, qui parle bien d'un mandat possible du mari à la femme, mais ne contient pas trace d'une présomption en ce sens. — Voy. P. Binet, *La femme dans le ménage,* Paris, 1904, p. 37-39. Comp. préface de Fr. Geny, p. XVII.

3. Voy., pour les développements : P. Binet, *La femme dans le ménage,* Paris, 1904, *passim.*

4. Voy., par exemple : Req. rej., 29 juin 1874, *Sirey,* 75. 1. 293. —

que prétend exprimer l'article 1023[1], celles surtout (art. 1044-1045 C. civ. franç.), qui sont à la base des règles légales de l'accroissement entre légataires[2].

Ces indications, qu'augmenterait sans peine une revue plus complète des applications, ostensibles ou cachées, de l'idée de présomption, en toute notre pratique[3], suffisent à montrer que celle-ci ne peut, sans laisser dans son œuvre des lacunes sérieuses, se contenter du système trop maigre des présomptions de droit positivement reconnues et définies par les textes. Les nécessités de la vie juridique pressent incessamment l'interprète d'en combler lui-même les lacunes. Il y a là un fait imposant et qui, sans entraîner, à lui seul, une approbation aveugle, nous encourage, du

---

Req. rej., 9 août 1882, *Sirey,* 83. 1. 58. — Comp. A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français,* 2e éd., t. III, Paris, 1921, p. 879.

1. Voy. notamment : Pau, 14 février 1887, D. P., 88. 5. 298. — Comp. A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français,* 2e éd., t. III, Paris, 1921, p. 847.

2. Voy. notamment : Req. rej., 30 mars 1897, D. P., 98. 1. 153 et note de L. Guénée. — Comp. M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil,* 7e éd., t. III, Paris, 1918, n° **2863**, p. 724. — A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français,* 2e éd., t. III, Paris, 1921, p. 923. — Voy. aussi : Req. rej., 10 juillet 1905, *Sirey,* 1906. 1. 79.

3. Ainsi, on a pu parler d'une présomption légale *sui generis*, en présence de la jurisprudence, qui admet qu'un jugement, statuant sur un litige de propriété entre deux personnes, forme titre à l'égard des tiers, sauf preuve contraire de leur part. C. Guyho, dans *Revue pratique de droit français,* 1872-2°, t. XXXIV, p. 133-146, notamment, p. 133, p. 137, p. 143-144. *Adde,* sur cette solution : Aubry et Rau, *Cours de droit civil français,* § **219**, note 7, t. II5, Paris, 1897, p. 563-564 (Ne faudrait-il pas voir plutôt ici, en tout cas, l'application de présomptions de fait, admissibles, de par le droit commun, pour la propriété immobilière, comme l'ont bien établi A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français,* t. I, 3e éd., Paris, 1921, p. 1012-1013). — Comp. aussi, relativement à l'extension des présomptions légales, dans la doctrine et la jurisprudence : G. Aron, *Théorie générale des présomptions légales en droit privé,* thèse de doct. Droit, Paris, 1894-*1895*, p. 35-54, nos **53-91**. — A. Dumora, *Etude sur les présomptions en droit civil,* thèse de doct. Droit, Bordeaux, 1900-*1901*, p. 81-97.

moins à examiner, de plus près, les titres et le mérite de l'opinion courante, suivant laquelle toute création ou détermination de présomptions de droit devrait être strictement réservée à la loi écrite.

Or, quand on y réfléchit, cette manière de voir n'est autre chose qu'une manifestation particulière de la conception plus générale, qui ramène tout le droit positif à la loi écrite. C'est parce qu'on refuse à tout autre qu'au législateur le pouvoir de reconnaître, comme obligatoires et socialement sanctionnées, les règles juridiques, qu'on exclut, pour ce qui ne peut être qu'autorité interprétative ou judiciaire, voire pour la coutume, dont on méconnait volontiers la force créatrice encore persistante [1], la faculté de découvrir ou d'appliquer des présomptions de droit, qui n'aient pas leurs éléments essentiels dans une formule légale [2]. — Dès lors, la conclusion ne vaut pas plus que le principe, d'où elle dérive. Je crois avoir établi ailleurs [3], que ce principe était inacceptable, dans sa forme tranchante et absolue, comme se heurtant à des nécessités sociales, supérieures à toute convention. Car, il implique une plénitude et une perfection incessante du matériel

1. Voy. notamment : A. ESMEIN, *La coutume doit-elle être reconnue comme source de droit civil français ?* (Rapport présenté à la 1re sous-commission de la Commission de revision du Code civil), dans *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1905, t. IV, p. 533-544.

2. Aussi est-ce F. LAURENT, le protagoniste le plus décidé du règne exclusif de la loi écrite (voy. notamment : Fr. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899, p. 22, texte et note 1 [n° **10**]; 2e éd., 1919, t. I, p. 26, texte et note 1 [n° **10**]; *Science et technique en droit privé positif*, I, Paris, 1914, p. 26 [n° **8**], p. 38 [n° **11**]), qui se montre aussi l'adversaire le plus acharné de toute extension des présomptions légales. — Voy., pour le principe, F. LAURENT, *Principes de droit civil*, t. XIX, nos **607**, **608** et **610**; et, pour les applications, l'ensemble de son ouvrage, *passim*, notamment, sur les art. 1282 et 1283 C. civ. franç., t. XVIII, n° **347**, nos **350-359**. Cependant, cet interprète rigoureux a parfois ses faiblesses. Voy. t. XVIII, n° **342**.

3. Fr. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899; 2e éd., 2 vol., Paris, 1919.

législatif, qui dépasse manifestement le pouvoir effectif de l'homme. De même, dirai-je à cette place, pour admettre que l'interprète doit se contenter du système des présomptions de droit, tel que le constituent les textes légaux, sans y pouvoir rien ajouter, il faudrait être assuré, *a priori*, que ce système est assez plein et assez parfait, pour suffire à tous les besoins de la vie juridique, sans avoir à compter sur la constance d'une intervention, impossible en fait, du législateur. Sinon, on risque de paralyser le progrès nécessaire du droit positif, en le privant arbitrairement de quelques-unes de ses sources productrices, ou de ses éléments actifs de développement. — Les conclusions générales de mes études, relatives à la *Méthode d'interprétation*, s'adaptent plus aisément encore aux moyens techniques, dont font partie les présomptions de droit. Puisqu'il y a là un procédé artificiel, conforme aux lois de notre esprit, et reconnu apte à favoriser la solution des problèmes juridiques[1], quoi de plus légitime que de le maintenir à la disposition de tous les organes, qui coopèrent à l'élaboration progressive du Droit? Aussi bien, d'après sa nature originaire, la présomption de droit, qui n'est qu'une généralisation de présomptions de fait, a dû surgir d'abord de l'interprétation coutumière et jurisprudentielle[2], pour n'être accueillie que postérieurement par la loi. Pourquoi lui refuser de s'alimenter à ces sources primitives, toujours vives et toujours fécondes? Dira-t-on qu'il suffit de laisser à la libre activité de l'interprète le champ des présomptions de fait? Ce serait, théoriquement, oublier la supériorité de la présomption de droit, si bien mise en lumière par MONTESQUIEU[3], et, pratiquement, se priver du contrôle

1. Voy. ci-dessus, p. 266-269 (nº **230**), p. 279-283 (nº **232**), p. 298 (nº **234**).

2. Comp. M. PLANIOL, D. P., 1907. 2, p. 18, col. 2 (note sous Trib. civ. Seine, 24 janvier 1906 et Rennes, 26 juillet 1906).

3. *De l'esprit des lois*, liv. XXIX, chap. 16. Voy. ce passage rapporté plus haut, p. 280, note 2 (nº **232**).

de la Cour suprême, indispensable pour assurer le règne uniforme du droit positif[1]. — En réalité, une seule raison pourrait, à l'encontre des considérations qui précèdent, justifier qu'on réservât strictement à la loi écrite le pouvoir de créer et de définir les présomptions de droit. Il faudrait qu'il fût établi que ce procédé de détermination de droit positif, ne pût, à l'exemple de certains autres[2], remplir son office, qu'au moyen de la précision d'une formule écrite, seule capable d'en préciser le jeu et d'en fixer les contours. Là réside seulement, à mes yeux, le point critique du débat actuel. Et, je consens qu'on puisse hésiter sur son appréciation. Pour ma part, toutefois, j'estime que tous nos moyens légitimes d'interprétation sont aptes, à condition d'en user suivant leur nature et leur valeur respectives, à déterminer, même dans notre état social actuel, tous les éléments de la présomption de droit; et l'expérience, que fournissent les exemples empruntés à notre jurisprudence actuelle[3], me paraissent absolument décisifs en ce sens[4].

J'admettrais donc, qu'en dehors même de la loi écrite,

---

1. Voy. ci-dessus, p. 315-317 (n° **235**). — Comp. Fr. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif,* Paris, 1899, n°s **178-182**, 1re éd., 1899, p. 557-579; 2e éd., 1919, t. II, p. 195-220.

2. Comp. Fr. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif,* Paris, 1899, p. 521-522 (n° **169**, *in fine*); 2e éd., 1919, t. II, p. 147-148 (n° **169**, *in fine*). — *Adde :* Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif,* t. IV (à paraître).

3. Voy. ci-dessus, p. 317-326 (n° **235**).

4. *Adde :* Pothier, *Traité des obligations,* n° **849** : « Il y a quelques-unes de ces présomptions, qui, sans être établies par aucune loi, sont assez fortes pour faire la même foi que les présomptions de droit; sauf à la partie, contre qui elles militent, à faire la preuve du contraire. » Voy., dans la suite de ce numéro, les exemples donnés par Pothier. — Je sais bien que le pouvoir de l'interprète actuel ne peut être aussi étendu que celui du temps de Pothier. Aussi n'invoqué-je cette autorité, que pour compléter notre expérience historique, sur la nécessité d'une certaine latitude de la jurisprudence dans la création et le développement des présomptions de droit.

une coutume nettement caractérisée[1] peut, aujourd'hui encore, établir les bases d'une véritable présomption de droit; et, qu'à défaut de toutes sources formelles, la doctrine ou la jurisprudence, procédant par la voie de la libre recherche scientifique[2], restent fondées, dans la mesure de leur autorité propre[3], à suppléer aux lacunes que la pratique révèlerait sur ce point. — J'ajoute que je n'aperçois aucune raison décisive, pour limiter ces solutions à la création de présomptions *juris tantum*, c'est-à-dire admettant la preuve contraire. Car, si certains motifs impérieux peuvent légitimer, en des cas assurément exceptionnels, qu'on limite, voire qu'on écarte, les preuves susceptibles de contrarier la présomption de droit (présomption *irréfragable*), je ne vois pas pourquoi on refuserait l'usage de cette faculté à des organes reconnus capables de contribuer, pour leur part, à la formation de toutes règles juridiques.

Toutefois, il faut se souvenir que le procédé des présomptions de droit, restant un procédé artificiel, exige, dans son emploi, une extrême réserve, surtout quand il va jusqu'à rendre certain ce qui ne l'est pas, en écartant toute possibilité d'une preuve contraire. Cette réserve, qui s'impose au législateur lui-même et qu'il est tenté d'oublier aujourd'hui quand il aborde les questions fiscales[4],

---

1. Voy. Fr. Geny, *Méthode d'interprétation et sources*, Paris, 1899, 2e éd., 1919, nos **116-129**. — La présomption, qui sert de base au prétendu mandat domestique de la femme mariée, présente, à mes yeux, les caractères d'une présomption coutumière. Voy. plus haut, p. 325, notes 1-3 (no **325**).

2. Fr. Geny, *Méthode*, nos **155-176**.

3. Fr. Geny, *Méthode*, nos **145-150**.

4. Cons. notamment : J. Berland, *Essai d'une théorie générale des présomptions envisagées comme moyens de preuve pour l'administration de l'enregistrement*, thèse de doct. Droit, Dijon, 1900-*1901*, notamment Première partie. Des présomptions légales, p. 51-219. — Il est aisé de soupçonner aussi le rôle, qu'on pourrait attribuer aux présomptions de droit, dans l'organisation d'un impôt, tel que l'impôt général sur le revenu, impliquant, pour son fonctionnement pratique, l'intervention (du moins, éventuelle) de la taxation d'office.

s'impose, à plus forte raison, aux organes, moins fortement constitués, de la création juridique. Ce n'est donc qu'avec la prudence la plus avisée, que doctrine et jurisprudence doivent compléter le système des présomptions légales; et cette prudence aboutira souvent à l'abstention [1], s'il s'agit d'aller, par voie d'interprétation, jusqu'à la présomption irréfragable [2].

Parmi les considérations d'ordre social et législatif, qui peuvent justifier les présomptions de droit, on a recommandé la statistique [3]. La présomption tendant normalement à transformer les probabilités en certitudes (*præsumptio sumitur ex eo quod plerumque fit*), il paraît, en effet, assez plausible, de vérifier le probable et ses degrés au moyen d'une numération comparative des cas concrets. — Mais, sans parler des difficultés d'application d'une statistique judicieuse [4], et en concédant qu'il puisse y avoir là parfois un instrument précieux d'évaluation des proba-

---

1. Voy., par exemple, pour la non-extension de l'art. 1488 C. civ. franç. : M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 7e éd., t. III, Paris, 1918, n° **1351**, p. 215-216.

2. Voy. une application de ces idées, à propos de la présomption, tirée du millésime indiqué par le filigrane du papier timbré, pour établir la fausseté de la date d'un testament olographe, présomption que les arrêts se défendent de reconnaître irréfragable : Req. rej., 11 mai 1864, *Sirey*, 64. 1. 233.

3. Voy., notamment à cet égard : R. von Jhering, *Der Besitzwille*, Jena, 1889, p. 148-150, p. 159-162, p. 165-166, p. 170-173 (§ IX); trad. franç. de Meulenaere, *Du rôle de la volonté dans la possession*, Paris, 1891, p. 128-129, p. 137-140, p. 143, p. 147-149 (§ IX).

4. On trouverait un singulier exemple de l'erreur, à laquelle l'emploi inconsidéré des statistiques peut entraîner un esprit éminent dans Bentham, *Traité des preuves judiciaires*, liv. VI, chap. II, § I (*Œuvres de J. Bentham*, Bruxelles, 1840, t. II, p. 339-340), qui soutient, qu'en raison des statistiques, constatant un plus grand nombre de procès gagnés par les demandeurs, ceux-ci doivent jouir, aux yeux du juge, d'une présomption de faveur, respectivement aux défendeurs. — Mais voy. les notes *f* et *g* de P. Rossi sur ce passage de Bentham (*op. cit.*, p. 434-436) et surtout les observations judicieuses d'Ed. Bonnier, *Traité théorique et pratique des preuves*, 5e éd., F. Larnaude, Paris, 1888, p. 35-36 (n° **51**).

bilités, il convient, avant tout, de se souvenir, que la probabilité, même la plus forte, ne suffit pas, à elle seule, pour justifier la présomption de droit, et que celle-ci suppose, avant tout, pour rester pleinement légitime, des raisons majeures d'ériger l'incertain en certain, le possible en réel, raisons dont la valeur extrêmement variable peut, seule, en même temps, déterminer la force effective méritée par la présomption[1].

Au problème général, qui vient d'être examiné, se peut rattacher une question, assez récemment aperçue : Les présomptions de droit, consacrées par le législateur lui-même, et notamment celles pourvues de la force d'irréfragabilité, peuvent-elles et doivent-elles rétroagir dans le passé ? — La pratique a soulevé cette difficulté, pour l'application de la disposition de l'article 17, alinéa 2, de la loi sur le contrat d'association, du 1er juillet 1901, qui présume certaines personnes interposées, au profit des congrégations religieuses, de façon à frapper de nullité les contrats passés avec ces personnes, dans les conditions prévues par le texte, comme tendant à permettre aux congrégations de se soustraire à certaines dispositions impératives de la loi (voy. l'art. 17, al. 1). Devait-on faire jouer cette présomption de droit dans les situations établies antérieurement à la loi ? — On sait que la jurisprudence de la Cour de cassation a admis la rétroactivité, dans sa plus grande extension [2]. Et ces décisions ont soulevé les plus graves critiques [3]. Il est vrai, que la preuve contraire reste

---

1. Rappr. ce qui a été dit plus haut, p. 287-300 (n° **233-234**) et p. 330-331 (n° **235**). — Comp., sur la statistique : Cardinal D. Mercier, *Logique*, 5e éd., Louvain et Paris, 1909, nos **157-163**, p. 318-336.

2. Voy. notamment : Civ. cass., 8 février 1904, *Sirey*, 1905. 1. 17, et D. P., 1904. 1. 117, avec les conclusions de M. le Procureur général Baudouin. — Req. rej., 23 juin 1904, D. P., 1905. 1. 10. — 2 Civ. rej., 3 juin 1907, Civ. rej., 4 juin 1907, Civ. rej., 10 juin 1907, Req. rej., 8 juillet 1907, Civ. cass., 22 mars 1909, Civ. rej., 27 avril 1909. *Sirey*, 1909. 1. 177.

3. Voy. notamment : E. Chavegrin, notes au *Sirey*, 1905. 1. 17 et

admise, en vertu même du texte, à l'encontre des présomptions d'interposition, dont il s'agit. Mais, outre que cette preuve contraire sera, en fait, fort difficile à fournir pour entraîner la conviction des juges, il faut observer, d'un point de vue théorique, que telle qu'elle a été formulée, la solution de la Cour suprême fût restée exactement la même en face de présomptions irréfragables [1]. On a cru cependant la pouvoir expliquer, en rattachant les présomptions de droit à la procédure et en rappelant que, dans l'opinion à peu près unanimement admise, les lois de procédure jouissent normalement de la rétroactivité [2]. Il faut convenir que pareille explication serait bien misérable et qu'elle méconnaîtrait, dans l'institution même de la présomption de droit, le caractère de fond, qu'établissent ostensiblement les conséquences effectives de la question soulevée. — Cette question, à vrai dire, se ramène à des éléments assez simples, si on la soumet à l'analyse, qu'exige toute appréciation sur la rétroactivité des lois. Il ne paraît pas douteux, que l'établissement d'une présomption de droit, de nature à modifier l'assiette normale des situations juridiques, doive, en principe, comme toute règle de droit nouvellement introduite, respecter les droits antérieurement acquis [3], et comporte, par suite, une inter-

---

1909. 1. 177. — Comp. notes (20-43) en D. P., 1904. 2. 58 et notes (1-4) en D. P., 1904. 1. 117.

1. Cela résulte des motifs des arrêts indiqués ci-dessus, p. 332, note 2 (n° **235**).

2. Telle est, du moins, l'opinion émise, en passant, par A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, 1re éd., t. I, Paris, 1914, p. 55 (Cette explication *risquée* se trouve fort atténuée dans les 2e et 3e éditions, Paris, 1919 et 1921, t. I, p. 56). — M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 6e éd., t. I, Paris, 1911, p. 79 (n° **251**), affirme, sans plus ample explication, que : « les lois établissant des *présomptions légales* possèdent également [c'est-à-dire comme les lois interprétatives] une rétroactivité qui leur est naturelle. » (*Id.*, dans 8e éd., 1920, p. 93.)

3. Par quelque formule que l'on veuille traduire l'article 2 du Code civil.

prétation contraire à sa rétroactivité [1]. Mais, d'autre part, puisqu'il est admis et tenu pour incontestable, en France, que le législateur puisse édicter des lois rétroactives, on est conduit à dire que, formulant une nouvelle présomption de droit, la loi écrite peut lui attribuer effet dans le passé. Reste à savoir si le législateur de 1901 avait eu, en ce sens, une volonté assez nette pour s'imposer, telle quelle, à l'interprète. La Cour suprême paraît l'avoir pensé. De ce chef, il est permis de conserver les doutes les plus sérieux sur le mérite de sa décision [2]. Car, s'agissant ici d'une solution, tout à fait anormale, qui contrarie les idées les plus plausibles et les principes les plus certains, la volonté implicite — d'ailleurs bien difficile à connaître — du législateur ne pouvait suffire à la constituer valablement aux yeux de l'interprète. En pareil cas, la volonté du législateur ne peut compter que si elle s'exprime nettement. Et, puisqu'il a les moyens de l'exprimer, dont il sait user quand il lui plaît [3], il faut dire que son silence ne peut signifier, aux yeux de l'interprète, qu'un refus ou une indécision, dont le résultat nécessaire est le maintien du droit commun, donc, ici, la non-rétroactivité.

II

236. — Pour saisir et pénétrer à fond le jeu des présomptions, envisagées du point de vue propre de la technique juridique, nous nous sommes arrêté à la notion, *spécifique et originaire,* de la présomption de droit, telle

1. Aubry et Rau, *Cours de droit civil français,* 5e éd., t. I, Paris, 1897, p. 128 (§ 30).

2. Du moins, en présence du champ d'application qu'elle lui a donné. — Voy., en faveur d'une application, plus judicieusement restreinte : E. Chavegrin, note au *Sirey,* 1905. 1. 17.

3. Par exemple dans l'article 3 de la loi du 13 avril 1908, modifiant le § 3 de l'article 9 de la loi du 9 décembre 1905, sur la séparation des Eglises et de l'Etat; al. 5 : « Outre les dispositions interprétatives ci-dessus... »

que nous l'avions pu fixer, se dégageant de la théorie générale de la preuve et représentant, — une fois posées les bases de la situation de fait à établir en vue de l'application du droit, — le moyen d'alléger la preuve, qui devrait être directement et précisément fournie, en reportant celle-ci sur des éléments, mieux connus, plus aisés du moins à démontrer, tenus *a priori* pour procurant une induction suffisante des faits seuls décisifs, sauf la possibilité de détruire cette induction par une preuve contraire, possibilité qui peut même être restreinte, voire positivement écartée pour des raisons majeures [1].

Cette étude « spécifique » de la présomption de droit étant acquise, nous devons maintenant, si nous voulons embrasser le moyen lui-même dans toute son ampleur, revenir, en quelques mots, à la notion plus large, dont nous étions parti [2], et nous demander dans quelle mesure les considérations, qui viennent d'être présentées, s'adaptent, pour ses applications principales, à la présomption de droit entendue, au sens le plus général, comme procédé intellectuel tendant à tenir pour certain ce qui est douteux, pour avéré ce qui est tout au plus probable, en vue d'un résultat juridique quelconque.

Or, il convient d'observer, tout d'abord, que, dans le domaine même de la preuve, cette notion, élargie et presque banale, de la présomption de droit, intervient, à côté et en dehors de la notion stricte et spécifique seule considérée plus haut, pour aider à la démonstration des faits suscitant un litige juridique.

Ainsi, elle joue un rôle considérable, dans la solution du problème préalable de la charge de la preuve. Quand il s'agit de reconnaître, quelle est la situation normale, contre laquelle devra faire positivement preuve, celui qui prétend que les faits y ont dérogé à son profit [3], on use

1. Voy. ci-dessus, notamment n° **232**, p. 277-286.
2. Voy. ci-dessus, p. 264-267 (n° **230**).
3. Ci-dessus, p. 274-276 (n° **231**).

largement et nécessairement, — faute le plus souvent d'éléments de certitude, — des probabilités ou vraisemblances, qui seules permettent les présuppositions dont on a besoin[1]. Bien qu'il n'y ait pas là des présomptions de droit proprement dites, on n'aperçoit aucune objection à leur appliquer les règles essentielles posées relativement à celles-ci[2]. — On ajoutera seulement, d'une part, que personne ne mettrait en doute, à leur sujet, la légitimité des solutions admises sans texte formel et par voie de simple interprétation[3], s'agissant de développer un principe de raison, dont la loi n'offre que la formule générale (voy. notamment art. 1315 C. civ. franç.), d'autre part, que, par leur objet même, qui n'est que de préparer le problème de la preuve, ces présuppositions comportent, toujours et nécessairement, la preuve contraire, par suite qu'elles ne peuvent jamais aboutir au résultat d'une présomption *juris et de jure*[4].

D'un autre côté, — et supposé fixée la position probatoire des parties dans le débat, — il advient parfois, que certains éléments de fait, évidents par eux-mêmes et qui n'exigent, comme tels, aucune preuve proprement dite[5], opèrent, de droit, un renversement des situations, aboutissant à une dispense de preuve pour celui qui en eût été naturellement chargé[6]. C'est le résultat d'une induction, tirée par le droit des faits dont il s'agit. Et cette induction ressemble, à s'y méprendre, à celle qui sert de base aux présomptions de droit strictement entendues[7]. La seule

1. Voy. p. 275, texte et notes 3-4 (n° **231**).

2. Notamment, n[os] **234-235**, p. 296-334. — *Adde* : p. 279-283 (n° **232**).

3. Comp. n° **235**, p. 314-334.

4. Comp. n° **234**, p. 296-313.

5. Voy. ci-dessus, p. 273, texte et notes 2-3, p. 274, texte et note 1 (n° **231**).

6. Comp. F. Regelsberger, *Pandekten*, t. I, Leipzig, 1893, p. 697-698 (§ **195**, *in fine*).

7. Comp. ci-dessus, p. 268, texte et note 4 (n° **230**).

différence consiste en ce que, dans le cas actuellement prévu, l'induction se fait d'elle-même, par l'évidence des faits qui la justifient et qui n'ont pas à être démontrés, comme pour la vraie présomption de droit[1]. — Partant de là, on a pu dire, qu'il y avait plutôt ici vérité provisoirement admise[2], que présomption proprement dite. Mais, si l'on observe que, dans celle-ci, le doute, sur les éléments de fait qui la conditionnent, est essentiellement contingent et varie de la plus grande incertitude à la quasi-évidence, on sera porté à croire que la distinction ne repose que sur une subtilité; et plusieurs en ont critiqué le bien-fondé[3]. — Quoi qu'il en soit de ce débat théorique, il ne paraît pas contestable, au point de vue pratique, que ces prétendues vérités provisoires, participant de la nature intrinsèque des présomptions de droit, soient soumises aux mêmes principes, notamment quant à la détermination de leurs conditions[4] ou la précision de leurs effets[5].

Enfin, on pourrait encore mettre à part de la présomp-

1. Voy. ci-dessus, p. 277-286 (n° **232**).

2. « *Interimswahrheiten* », a dit J. Unger, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts,* 4 A., t. II, Leipzig, 1876, § **130**, texte et notes 49-51 *a*, p. 598-600, qui en offre, entre autres exemples : α) d'après le Code civil autrichien : les prétendues présomptions, en vertu desquelles un enfant naît vivant (§ 23 C. civ. autr.), le *Morgengabe* promis a été livré dans les trois premières années du mariage (§ 1232 *ibid.*), les choses remises à titre d'usufruit ou de louage étaient de qualité moyenne (§§ 518 et 1110 *ibid.*) ; β) d'après les textes romains : les règles fixant le prédécès d'un des *commorientes* (Dig. XXXIV. 5, *De rebus dubiis,* fr. 9, §§ 1, 3, 4, fr. 16, pr., fr. 22 ; XXIII, 4, *De pactis dotalibus,* fr. 26, pr.), ou la *præsumtio Muciana* (Dig. XXIV, 1, *De donationibus inter virum et uxorem,* fr. 51 ; Cod. V, 16 *eod. tit.,* C. 6).

3. Voy. notamment : H. Burckhard, *Die civilistischen Präsumtionen,* Weimar, 1866, p. 332-335 (§ **32**). — J.-W. Hedemann, *Die Vermuthung nach dem Recht des deutschen Reiches,* Jena, 1904, p. 282, texte et note 1 (§ **44**). — Comp. B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts,* 9 A., Th. Kipp, t. I, Frankfurt a. M., 1906, § **133**, note 11, al. 2, p. 679.

4. Voy. ci-dessus, p. 279-281 (n° **232**) et n° **235**, p. 314-334.

5. Voy., n° **234**, p. 296-313.

tion de droit, proprement dite, qui supposerait une induction émanée *directement* de l'autorité créatrice du Droit (loi au sens large), les cas, où le législateur se borne à consacrer une induction tirée des faits, en raison de leur vraisemblance, par les intéressés eux-mêmes : comme si, par une décision de droit générale, on déclare libératoires les paiements faits à un employé, dans certaines conditions permettant de le tenir pour fondé de pouvoirs de son patron qui se trouve être créancier [1]. — A la même conception se rattacherait le pouvoir ménager de la femme mariée, lui permettant d'engager son mari, si, du moins, on le fonde sur le mandat supposé de celui-ci. Nous avons vu, pour notre part, dans cette dernière situation, une véritable présomption de droit [2]. — Et cette manière de voir nous paraît s'imposer pour tous les cas analogues. Peu importe, en effet, que le législateur réalise directement l'induction, qui fonde sa décision, ou qu'il s'assimile simplement, en la tenant pour acceptable, l'induction d'abord née dans l'esprit des intéressés. D'une façon comme de l'autre, il admet vraie une circonstance de fait incertaine (pouvoir conféré par le maître), qui résulte d'autres faits plus aisés à établir (conditions des actes juridiques accomplis par le représentant); nous avons ici tous les éléments de la vraie présomption de droit. Et il convient d'en appliquer toutes les règles.

Au total, tant que l'on reste sur le terrain de la preuve juridique, il semble que, si élargie qu'elle puisse être, la notion de la présomption de droit demeure homogène en sa nature profonde et qu'elle comporte une adaptation adéquate des préceptes, que nous avait révélés sa conception la plus pure et la plus précise. — Il convient seulement d'ajouter que, pour réaliser sa technique propre,

---

1. Comp. J. Unger, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts,* 4 A., t. II, Leipzig, 1876, § **130**, *in fine,* texte et note 53, p. 600-601.

2. Voy. ci-dessus, p. 293, texte et note 2 (n° **233**) et p. 325, texte et notes 1-3 (n° **235**), avec renvois.

cette notion de la présomption de droit doit rester séparée de la notion distincte des *modes* de preuve, ce qui conduit à en exclure, comme constituant de vraies preuves *sui generis*, l'aveu et le serment, que l'article 1350-4° du Code Napoléon a fait inconsidérément figurer au nombre des présomptions légales [1].

237. — Mais la notion de la présomption de droit, bien qu'elle ait son origine et qu'elle trouve sa justification profonde dans les exigences pratiques de la preuve concrète, déborde aisément ce terrain étroit, pour pénétrer dans la constitution foncière du Droit. On se l'explique sans grande peine. En effet, le législateur, ou tout autre organe de la création du droit positif, porte ses règles (règles de droit), en vue de situations de fait, que, par la force des choses, il doit envisager comme générales et quelque peu abstraites. Sous cette forme même, les faits, dont il faut apprécier, tant la consistance propre que la valeur économique ou morale, n'apparaissent pas toujours — bien s'en faut — dans la certitude de l'évidence. Ils présentent souvent des obscurités, des contradictions, des troubles. En vue d'arriver à la rigueur et à la précision, que requièrent les règles juridiques, il est nécessaire — faisant, pour ainsi dire, un règlement de preuve à forfait — de trancher ces causes infinies de doute, de fixer les situations indécises, bref, en s'appuyant principalement sur les probabilités et les vraisemblances, de tenir pour certain ce qui est équivoque, pour avéré ce qui est tout au plus plausible. Or, c'est là l'essence même de la présomption, au sens large et banal du mot [2]. Et, dès lors, il n'est pas étonnant

1. C'est l'avis, à peu près unanime, des interprètes. — Voy. notamment : G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Des obligations*, 3e éd., t. IV, Paris, n° **2656**, I, p. 341, texte et note 3, avec les références. — Comp. ci-dessus, p. 288, note 2 (n° **233**). — *Adde* : P. GEFFROY, *Essai sur les présomptions légales en matière civile*, thèse de doct. Droit français, Paris, 1890-*1891*, n° **47**, p. 73-76.

2. Voy. ci-dessus, p. 265, texte et note 1 (n° **230**).

qu'on la puisse découvrir sous le plus grand nombre des règles du Droit [1].

Elle s'y présente assurément à titre de procédé technique, produit d'un artifice de l'esprit s'ingéniant à dominer la vie [2]. En même temps, elle peut être rapprochée de la présomption de droit proprement dite, simplifiant ou allégeant la preuve concrète à fournir dans un litige [3], dont elle emprunte la structure générale [4]. Mais elle ne saurait se confondre avec celle-ci. Et elle en reste profondément distincte, d'une part, en ce que ses conditions conservent ordinairement un caractère plus général et plus abstrait, d'autre part, et surtout (c'est ici le trait distinctif essentiel), en ce qu'elle ne permet même pas de poser la question de preuve contraire [5], pareille question se trouvant exclue *a priori* par l'injonction légale, dont la présomption n'est ici que le motif, bien loin d'en constituer le contenu, voire même la présupposition nécessaire. On peut ajouter encore que, si l'on refuse aux divers organes coopérant à la création du droit positif, en dehors de la loi écrite, le pouvoir de constituer des présomptions de droit proprement dites [6], on ne saurait, — à moins d'en paralyser complètement l'action, — leur dénier l'usage de ces présomptions banales,

---

1. Exemples, ci-dessus, p. 265-266 (n° **230**). — Quelquefois, d'ailleurs, il n'y a présomption qu'en apparence et d'après la formule d'un texte. Ainsi, dans les articles 632-633 du Code de commerce; voy., à ce sujet : Ch. Lyon-Caen et L. Renault, *Traite de droit commercial*, t. I, 4e éd., Paris, 1906, n° **105** *bis*, p. 115. — Comp. l'art. 638 al. 2 C. comm., qui, lui, exprime une véritable présomption de droit : Ch. Lyon-Caen et L. Renault, *ibid.*, nos **173-174**, p. 188-190.

2. Voy. ci-dessus, p. 176-177 (n° **214**, *initio*) et toute la suite du chapitre sixième (XX), nos **214-227**, p. 175-257.

3. Voy. plus haut, n° **232**, p. 277-286.

4. Cette nature, quelque peu ambigue, de la présomption de droit, a été pressentie par W. Bélime, *Philosophie du droit*, 4e ed., Paris 1881, t. II, p. 611-613 et p. 678-682.

5. Voy. ci-dessus, p. 282-283 et p. 285-286 (n° **232**), puis, n° **234**, p. 296-313.

6. Voy. ci-dessus, p. 314-315 (n° **235**) et tout le n° **235**, p. 314-334.

sans lesquelles ne se peuvent véritablement concevoir aucune formation ni aucun développement de règles de droit [1].

Il est évidemment impossible d'énumérer, même par aperçu, les plus notables de ces présomptions, improprement dites, qui remplissent et animent toute notre organisation juridique. Je voudrais seulement signaler deux idées générales [2], qui me paraîtraient permettre d'en grouper un grand nombre, et qui nous montreront, en même temps, comment la question de la preuve contraire, si nettement posée pour les présomptions de droit proprement dites [3], disparaît ou se dénature, quand il s'agit de nos présomptions banales, même appliquées au droit. Là réside, au fond, l'importance capitale de leur diagnostic [4].

D'une part, la notion générale de présomption joue un rôle considérable dans les nombreuses règles juridiques formant ce qu'on peut appeler le « droit dispositif » [5]. Il

---

1. Comp. P. Geffroy, *Essai sur les présomptions légales en matière civile*, thèse de doct. Droit français, Paris, 1890-*1891*, p. 9 (nº **2**). — Sur la présomption de conformité au droit objectif, qui s'attache aux actes de l'autorité, voy. Fr. Gény (sur L. Duguit), dans *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1901, t. XXX, p. 508.

2. Bien que les idées, qui vont suivre (p. 341-356, nos **237-238**), se rattachent à la distinction générale des dispositions légales, en lois impératives ou d'ordre public et lois interprétatives ou d'ordre privé, je n'entends pas attribuer à cette division un caractère de plénitude exhaustive, par rapport à l'ensemble du droit positif. — Comp., à cet égard, E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, thèse de doct. Droit, Dijon, 1911-*1912*, p. 88-98.

3. Voy. p. 281-282, p. 285-286 (nº **232**). — *Adde* : nº **234**, p. 296-313.

4. Voy. ci-dessus, p. 340-341 (nº **237**) et ci-après, p. 343-344 (nº **237**), p. 346-351 (nº **238**).

5. Comp. J. Unger, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, 4 A., t. II, Leipzig, 1876, § **130**, III, 1-2, p. 596-598. Comp. *ibid.*, t. I, § **9**, I, *initio*, p. 53-54. — R. Leonhard, *Der Irrthum bei nichtigen Verträgen nach römischen Rechte*, t. I, Berlin, 1882, p. 209-213 (§ **11**). — Voy. aussi : F. Regelsberger, *Pandekten*, t. I, Leipzig, 1893, § **32** : Ermächtigendes, ergänzendes, zwingendes Recht, p. 128-131. — B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, § **30**, t. I, 9 A.,

s'agit de ce vaste domaine du Droit, qui, par sa nature, laisse une place prépondérante à l'autonomie de la volonté. Étant donné que les intérêts en présence sont purement privés et qu'aucune considération d'ordre supérieur n'est en jeu, le législateur (ou tout autre organe créateur de droit positif) part de cette idée, que les intéressés sont plus aptes, que qui que ce soit, à établir entre eux la règle même de leurs droits. Toutefois, comme ils peuvent avoir été dans l'impossibilité ou simplement avoir négligé de le faire, comme il faut pourtant que leurs intérêts en conflit soient juridiquement réglés, la loi, en conformité de sa mission suprême, intervient pour suppléer le règlement volontaire défaillant; elle *dispose*, par ses préceptes, aux lieu et place des particuliers eux-mêmes. — Ainsi, se présentent la plupart des règles légales déterminant le contenu des contrats ou du testament, dans la mesure de la liberté laissée à ces actes juridiques. À la même idée se peuvent rattacher le système légal du régime matrimonial de droit commun, voire même celui des successions *ab intestat*, en tant, du moins, qu'il ne ferait que suppléer le défaut de testament. Et, l'on peut ajouter que, même dans les textes, qui déterminent le régime de la propriété, de ses démembrements et limitations, voire, quoique plus exceptionnellement, parmi ceux, qui fixent le statut de la famille, il en est qui présentent le même caractère.

Or, en portant semblables *dispositions*, le législateur, suivant le principe qui le dirige, est naturellement incité à s'inspirer de la volonté probable de ceux dont, à leur défaut, il règle juridiquement les intérêts. Ici, apparait la

---

Th. Kipp, Frankfurt a. M., 1906, p. 125-128. — H. Dernburg, *Die allgemeinen Lehren des bürgerlichen Rechts des deutschen Reichs und Preussens*, 3 A., t. I, Halle a. S., § 19, II, p. 56-58. — Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, § 34, t. I[5], 1897, p. 174-175. — E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, thèse de doct. Droit, Dijon, 1911-*1912*, chap. II, p. 85-118 et chap. III, sect. III, § 2, A., I, p. 180-192.

notion générale de présomption ; et l'on dit volontiers que la loi présume, en tel ou tel sens, la volonté probable des intéressés[1]. — S'agit-il bien vraiment d'une présomption, qu'on puisse assimiler à la présomption de droit proprement dite, allégeant la preuve, telle que l'imposerait l'application stricte des règles[2]? *A priori*, on en peut douter. Car ce n'est pas tant le mode de preuve, lui même, qui est suppléé ici par la loi, que plutôt le fait à prouver, et pourtant seul décisif, savoir la volonté, de tel ou tel résultat juridique, qui a positivement manqué. — Aussi bien, n'admettrons-nous pas, pour écarter la disposition de la loi, une preuve contraire quelconque, qui pût renverser la prétendue présomption de volonté dont elle s'étaie, mais seulement une volonté réellement existante et régulièrement manifestée, voire revêtue des formes, que la loi exigerait pour la reconnaître, par exemple, dans les cas du contrat de mariage[3] ou du testament. On ne saurait se contenter ici d'indices, même tendant à faire échec aux résultats de l'induction légale. — C'est qu'en effet la prétendue présomption de volonté, si elle contribue à expliquer la décision de la loi, n'en constitue pas la raison d'être fondamentale, ni même le contenu proprement dit. C'est bien d'autorité, et par décision propre, que le législateur édicte ces règles dispositives ; et, s'il s'inspire, pour les arrêter, de la volonté probable des intéressés, il ne s'agit

---

1. POTHIER, *Traité des obligations*, n° 844, rattachait aux présomptions de droit le régime de communauté, attribué par les Coutumes aux époux mariés sans contrat de mariage.

2. Comp. plus haut, p. 273-281 (n° **232**).

3. Ainsi s'explique la solution, à peu près unanimement admise, suivant laquelle, en cas de nullité, même pour une cause étrangère à la volonté des parties, d'un contrat de mariage, les époux seront mariés sous le régime de la communauté légale. — Voy. notamment : G. BAUDRY-LACANTINERIE, J. LE COURTOIS et F. SURVILLE, *Du contrat de mariage*, n[os] **204-205**, 3[e] éd., Paris, 1906, t. I, p. 214-218, avec les renvois de la note 2 de la p. 218. — Comp. É. GOUNOT, *op. cit.*, p. 108, texte et note 3.

pas d'une volonté concrète considérée dans la personne individuelle de ceux-ci, mais plutôt d'une volonté abstraite, évaluant en bon sens les intérêts en jeu et mesurée sur l'opinion commune du public en général[1].

Et cela est vrai, non seulement des règles légales, qui établissent un régime juridique, de cet ordre, pour le cas où les intéressés n'ont pas exprimé une volonté contraire, mais aussi bien de celles qui statuent pour le cas d'incertitude sur l'existence ou le contenu de pareille volonté[2]. En qualifiant ces dernières d'interprétatives, on a prétendu y voir une catégorie distincte, qui ouvrît une place, plus nettement marquée, à l'idée de présomption (présomption de volonté). En réalité, pourtant, et du moins dans la plupart des cas[3], il paraît certain que, soit qu'il découvre une lacune véritable dans la volonté des parties, soit que celle-ci révèle un simple trouble qui l'ait empêchée de se préciser, le législateur supplée à cette volonté défaillante suivant des vues d'intérêt général et de bien commun, de telle sorte que sa disposition ne puisse être tenue en échec que par une déclaration assez nette pour y substituer clairement le vouloir des intéressés[4]. — Si,

---

1. Comp. E. Gounot, *op. cit.*, p. 106-107, p. 109, p. 186-187. — Voy. aussi : G. Dereux, *De l'interprétation des actes juridiques privés,* thèse de doct. Droit, Paris, 1904-*1905, passim ;* et surtout : E. Danz, *Einführung in die Rechtsprechung*, Jena, G. Fischer, 1912, § **16**, p. 49-56.

2. Sur cette distinction, que le Code civil allemand de 1896 a prétendu traduire dans ses textes par la différence des formules employées, voy. notamment : R. Stammler, *Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren,* Berlin, 1897 ; Dritter Abschnitt. Auslegungsvorschrifte und ergänzende Rechtssätze, §§ **14-24**, p. 55-83.

3. Peut-être pourrait-on mettre à part les cas, où la loi, prévoyant une clause déterminée, lui assignerait un sens précis, qui pourrait être contredit, d'après les circonstances de la cause. — Comp. Paris, 28 novembre 1895, et Req. rej., 21 avril 1896, *Sirey,* 97. 1. 481 et note E. Chavegrin.

4. Comp. R. Saleilles, *De la déclaration de volonté,* Paris, 1901, sur l'art. 133, § 1, n^os^ **6-39**, p. 196-212. — *Introduction à l'étude du*

donc, on veut parler de présomption légale de volonté, il faut, visant moins le contenu de celle-ci que sa manifestation même, prévoir les cas, où la loi induit de certaines circonstances une déclaration de volonté, à laquelle elle attache des effets juridiques propres [1]; de telle sorte qu'on pût détruire ces effets, en démontrant, suivant le droit commun, qu'en dépit des circonstances prévues, la volonté, dont il s'agit, n'a pas réellement existé. — En fait, pareille preuve est souvent difficile à rapporter, parce que la loi n'induit ces déclarations de volonté que de faits décisifs (*facta concludentia*), qu'une protestation contraire ne saurait, en général, énerver (*protestatio contra actum non valet*). Toutefois, outre qu'il faut réserver l'efficacité de cette protestation toutes les fois qu'elle serait possible sans contradiction [2], il y a lieu de reconnaître l'effet de toute autre preuve contraire, qui serait admissible ici suivant le droit commun de la preuve [3]. Et, l'on en trouverait des exemples, en des hypothèses même, où la présomption légale de volonté se déguise sous une règle positive de la loi : ainsi, à propos de la constitution des servitudes (au moins apparentes) par la destination du

---

droit civil allemand, Paris, 1904, § VI, p. 43-53, notamment p. 49-50. — K. Hellwig, *Lehrbuch des deutschen Zivilprocesszrechts*, t. II, Leipzig, 1907, p. 147-150 (§ **89**, III). — Voy. pourtant, en faveur de la distinction : E. Gounot, *op. cit.*, p. 190-192.

1. Cons. F.-C. von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, §§ **131-133**, t. I, Berlin, 1840, p. 242-257. *Traité de droit romain,* trad. Ch. Guenoux, 2e éd., Paris, 1856, t. III, §§ CXXXI-CXXXIII. Il s'agit là, suivant les cas, d'après Savigny, de consentement *præsumptus* ou *fictus.* — Les applications en sont nombreuses. Voy. notamment, au Code civil français de 1804, les art. 692-694, 778-780, 892, 1036, 1038, 1211-1212, 1282-1283, 1908. — Comp. art. 621. — Voy. aussi art. 1044-1045.

2. Voy. F.-C. von Savigny, *System*, t. III, p. 246-248 (§ **132**), p. 256 (§ **133**); trad. franç., t. III, p. 250-252, p. 259-260.

3. Voy. J. Unger, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, 4 A., t. II, Leipzig, 1876, § **85**, II, p. 104-110, notamment la note 19 (p. 110). — Voy. pourtant plus loin, § **130**, texte et note 48, p. 597-598.

père de famille (art. 692-694 C. civ. franç.)[1], ou de la renonciation, à la nullité d'un partage, entaché de dol ou de violence, que l'article 892 du Code Napoléon induit de l'aliénation de tout ou partie de son lot par le copartageant victime de ce vice de consentement[2]. — Mais il est clair que les solutions légales, reconnaissant d'autorité pareilles déclarations de volonté tacites, ne font pas partie du droit dispositif[3]. Et, il reste vrai que celui-ci n'offre pas, dans son essence, l'application de vraies présomptions de droit[4].

238. — Si, d'autre part, nous voulons envisager les règles juridiques, qui, statuant dans un domaine supérieur aux intérêts privés, ne peuvent être ramenées à l'expression généralisée des volontés particulières, mais tendent plutôt à brider ces volontés et constituent un droit nettement impératif ou prohibitif, nous découvrons aussi, fort souvent, à la base de leurs prescriptions, des probabilités transformées en certitudes, ou, plus généralement, cette érection en vérité ferme de circonstances flottantes, que représente la notion générale de présomption[5]. — Mais ici, moins encore que dans le droit dispositif[6], cette notion ne

1. Voy. Douai, 28 avril 1875 et Req. rej., 7 mars 1876, *Sirey*, 76. 1. 204. — Comp. A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, 3e éd., t. I, Paris, 1921, p. 980 cbn. p. 978-979.

2. Voy. Grenoble, 8 mai 1835, *Sirey*, 35. 2. 554. — Comp. C. Demolombe, *Cours de droit civil français*, t. XVII, n° **490**.

3. En effet, réglementant la manifestation de la volonté, elles seraient plutôt comprises dans ce que F. Regelsberger, *Pandekten*, t. I, Leipzig, 1893, § 6-I, p. 128-129, appelle : Ermächtigendes Recht.

4. *Adde*, sur les *præsumptiones voluntatis*, dans leur ensemble : H. Burckhard, *Die civilistischen Präsumtionen*, Weimar, 1866, §§ **28-30**, p. 249-311 et p. 343-350 (§ **32**, *in fine*). — J.-W. Hedemann, *Die Vermutung nach dem Recht des deutschen Reiches*, Jena, 1904, § **38**, p. 227-238. — Comp. aussi : G. Aron, *Théorie générale des présomptions légales en droit privé*, thèse de doct. Droit, Paris, 1894-*1895*, nos **113-126**, p. 64-70.

5. Voy. ci-dessus, p. 264-267 (n° **230**).

6. Voy. ci-dessus, p. 341-344 (n° **237**).

saurait faire partie intégrante des conditions *naturelles et nécessaires* de l'application des règles. Elle figure seulement, à titre d'élément *intellectuel* et *constructif*, parmi les motifs, qui ont déterminé celles ci. Et, si elle a coopéré à la preuve générale et abstraite, qui justifie la décision même de la loi (ou de toute autre source du droit objectif), elle s'est absorbée dans cette décision, au point de rester définitivement étrangère à la preuve concrète des espèces particulières, qui en suscitent l'application. — D'où il résulte, et que la question de la preuve contraire ne peut même pas être ici posée[1], et que la portée du précepte légal excède souvent les résultats propres de la présomption à laquelle il s'étaie.

Un exemple frappant de ce rôle, purement *constructif*, de la présomption, entendue au sens large, nous est offert par la plupart des incapacités, qu'organise le droit positif. Fondées presque toujours sur des données insuffisantes pour justifier pleinement le but qu'il s'agit d'atteindre, elles ne réalisent ce but, qu'en généralisant les circonstances, assez flottantes, qui lui servent de point de départ, au moyen d'une induction tirée de vraisemblances, c'est-à-dire d'une présomption *lato sensu*. — C'est ainsi que l'incapacité, attachée à l'interdiction judiciaire, s'explique par une présomption générale d'insanité d'esprit, pesant sur le dément, tant que dure le jugement qui a reconnu son état habituel de folie. L'incapacité des mineurs repose sur une présomption générale d'immaturité d'intelligence, pendant la période légale de la minorité[2]. L'incapacité de la femme mariée elle-même, si du moins on la rattache à une certaine faiblesse du sexe (*fragilitas sexus*), suppose que cette faiblesse s'aggrave par la dépendance, où l'état

1. Comp. ci-dessus, p. 285 (n° **232**). — *Adde :* n° **234**, p. 296-313.

2. Comp. C. civ. allemand de 1896, § 104, et, sur la traduction du Comité de législation étrangère, la note §§ II-IV, t. I, Paris, 1904, p. 99-102.

de mariage place la femme respectivement au mari. Et des présomptions analogues (présomptions d'influence paralysant la volonté) se découvrent sans peine, à la base d'un grand nombre d'incapacités spéciales, telles que celles établies entre le mineur et le tuteur (art. 450, al. 3 C. civ. franç.), survivant même parfois, sous d'autres formes, à la tutelle (art. 472 et art. 907 C. civ. franç.), les incapacités reconnues entre époux (voy. notamment les art. 1094-1100, 1395, 1595, 2144-2145, 2253 C. civ. franç.); les prohibitions plus particulières encore édictées par les articles 909, 1596, 1597, 2078, 2088 du Code Napoléon. On a pu dire aussi que, quand notre loi admet exceptionnellement la rescision de contrats pour cause de lésion, si ce n'est pas par un motif d'égalité impérative (comme dans le cas du partage [art. 887, al. 2 C. civ. franç.]; comp. art. 1854), c'est qu'elle y voit l'indice d'une contrainte morale (rescision pour lésion de la vente d'immeubles [art. 1674-1685 C. civ. franç.])[1] ou d'une faiblesse d'intelligence ou de volonté (rescision en faveur des mineurs [art. 1305-1312 C. civ. franç.])[2]. — Or, dans tous ces cas, la présomption n'apparaît que parmi les motifs ayant déterminé la règle légale. Elle n'en forme même qu'une partie et non la plus importante. Car, la raison décisive de la loi, c'est la nécessité sociale d'une protection de certaines faiblesses, du maintien ou du rétablissement de l'égalité

1. On conclura de là, notamment, que l'acte lésionnaire ne peut être confirmé, suivant l'article 1338 du Code civil, que lorsque le bénéficiaire de l'action en rescision est « affranchi des circonstances sous l'empire desquelles il a contracté ». A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, 2e éd., t. II, Paris, 1920, p. 220.

2. Sur la présomption de lésion, en cas de paiement aux mains d'un incapable, qui peut expliquer la solution de l'article 1241 du Code civil français, dans son application au mineur (renversement de la charge de la preuve), voy. C. Bufnoir, *Propriété et contrat*, Paris, 1900, p. 694. — Ici, il s'agirait bien d'une présomption de droit, au sens strict.

dans la lutte pour l'existence ; et la présomption n'intervient que pour spécifier les situations demandant la mise en jeu du principe. En utilisant la présomption, le législateur fait, en quelque sorte, la preuve générale nécessaire à la circonscription de sa règle. Une fois cette preuve acceptée *in abstracto*, la présomption disparaît dans la formule même de la règle, qui se pose comme précepte impératif (*sic volo, sic jubeo, sit pro ratione voluntas*). — Aussi, la portée juridique de la prescription légale est-elle indépendante de la présomption, qui a pu contribuer à la former. En effet, si l'on mesurait les effets de l'interdiction judiciaire à la présomption d'insanité pesant sur l'interdit, on aboutirait logiquement à frapper les actes de celui-ci de nullité radicale, pour défaut d'un consentement digne de ce nom. Pourtant la nullité n'en est que relative (art. 1124, al. 3, et 1125 C. civ. franç.); ainsi, elle assure, mieux et suffisamment, la protection du dément [1]. Et, sauf l'intervention de considérations d'ordre public, il en est de même pour les autres cas d'incapacité cités plus haut. — De plus, il est, *a priori*, incontestable, que tous ces cas excluent la position même du problème de la preuve contraire à la présomption de la loi. Concevrait-on, par exemple, qu'on pût prétendre éluder la nullité d'actes de l'interdit, en démontrant qu'il les aurait passés dans un intervalle lucide? Pareille prétention serait directement opposée à l'institution même de l'interdiction et elle est écartée par les termes formels de l'article 502 du Code Napoléon (« nuls de droit »)[2]. Dès lors, quelque interprétation que l'on donne à l'article 1352 du Code civil [3], et quand même on admettrait, suivant la doctrine la plus

---

1. Comp. G. Baudry-Lacantinerie, G. Chéneaux et Ph. Bonnecarrère, *Des personnes*, 3e éd., t. V, Paris, 1908, n° **794-794** *ter*, p. 776-778. *Adde* : nos **896-901**, p. 834-837.

2. Voy., entre autres, Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, § **127**, texte et note 2, t. Ier, Paris, 1897, p. 807-808.

3. Voy. ci-dessus, p. 303-312 (n° **234**).

générale, que les derniers mots de ce texte réservent la possibilité d'un serment ou d'un aveu contraires, pour énerver la plupart des présomptions *juris et de jure* [1], il demeure certain qu'aucune fin de non-recevoir, tirée d'une preuve contraire quelconque, ne saurait paralyser l'effet des incapacités édictées par la loi, alors même qu'on découvre à leur base les éléments d'une présomption de droit. — A quoi donc peut servir cette présomption? Théoriquement, elle entre comme une contribution nécessaire dans l'explication du précepte. Pratiquement, elle peut permettre d'en définir les termes, du moment qu'on appliquerait, dans toute sa plénitude, l'injonction qui en forme la substance. Il n'y a là qu'une virtualité contingente, qui réduit beaucoup, dans nos hypothèses, le rôle technique de la présomption [2].

Ce que nous venons d'observer, pour des règles d'incapacité (*lato sensu*) édictées par la loi, se peut rencontrer en des hypothèses voisines, où les textes légaux frappent certains actes, sur un soupçon de fraude, qui absorbe l'élément probatoire, au point d'en exclure l'intervention. Je citerai, par exemple, les cas de l'article 918 du Code Napoléon ou de l'article 446 du Code de commerce français de 1807. En général, on a vu là de véritables présomptions légales, comportant l'application des règles propres, édictées pour

---

1. Voy. p. 312-313 (nº **234**).

2. Sur tout ce qui précède, comp. L. LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, sur l'art. 1350, nº **8**, nouv. édition, Paris, 1885, t. VII, p. 8-9. — C. DEMOLOMBE, *Cours de Code civil*, t. XXX, nº **254**. — P. GEFFROY, *Essai sur les présomptions légales en matière civile*, thèse de doct. Droit français, Paris, 1890-*1891*, nºs **16-17**, p. 30-33, et nº **34**, p. 53-55. — G. ARON, *Théorie générale des présomptions légales en droit privé*, thèse de doct. Droit, Paris, 1894-*1895*, nºs **92-97**, p. 54-57, nºs **127-140**, p. 70-81 (comp. nºs **218-229**, p. 118-127), voit, dans ces règles et celles qui s'en rapprochent, des présomptions *juris et de jure*, mais il donne à ces expressions un sens tout spécial. — A. DUMORA, *Étude sur les présomptions en droit civil*, thèse de doct. Droit, Bordeaux, 1900-*1901*, p. 68-79, nie toute différence entre les diverses sortes de présomptions.

celles-ci [1]. — Mais, si l'on admettait que la présomption figure plutôt dans les motifs de la loi que dans sa disposition même, et si l'on ajoutait que la question de preuve semble exclue par les termes des textes, il serait permis de conclure, qu'en réalité les articles 918 du Code civil et 446 du Code de commerce sont de simples règles impératives, excluant, par là même. toute possibilité d'une preuve contraire, quelle qu'elle soit. Et, cette solution serait particulièrement heureuse, dans l'application de l'article 446 du Code de commerce [2].

Quoi qu'il en soit de ce point particulier, il demeure certain, que la notion générale de présomption joue un rôle important dans la justification d'un grand nombre de règles impératives de droit, sans qu'on puisse songer à en tirer, — sauf disposition formelle de la loi, — un moyen de faire échec à ces règles. — Qu'il me suffise de citer, entre autres, la règle « Nul n'est censé ignorer la loi » incluse dans l'article 1er du Code Napoléon [3], l'attribution à la femme de la nationalité du mari suivant les articles 12 et 19 du même Code [4], la révocation de la donation entre vifs pour survenance d'enfants organisée énergiquement dans les articles 960 à 966 [5], la nullité du legs de la chose

1. Voy. ci-dessus, p. 296 (n° **233**), p. 305 (n° **234**).

2. On ne voit pas bien, en effet, comment on pourrait pratiquement obtenir, de la masse de la faillite. un aveu ou un serment, susceptibles de paralyser la règle impérative de l'article 446 du Code de commerce français. — Comp. P. GEFFROY, *Essai sur les présomptions légales en matière civile,* thèse de doct. Droit français. Paris, 1890-*1891*, p. 52-53 (n° **33**).

3. « La promulgation sera réputée connue..... » [illegible] Décret (loi) des 5-11 novembre 1870, art. 4.

4. Comp. A. WEISS, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, 2e éd., t. I, Paris, 1907, p. 574-577. — La loi du 18 mars 1917, inspirée des circonstances exceptionnelles de la guerre européenne, montre bien que ce n'est pas sur une pure et simple présomption de volonté, que repose la disposition de l'article 12, alinéa 1, du Code civil, auquel elle déroge temporairement.

5. Voy. notamment : AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français,* 5e éd. E. BARTIN, t. XI, 1919, p. 388-389 (n° **709**-1°). — C. DEMOLOMBE,

d'autrui édictée sans réserve par l'article 1021 [1], l'exigence du double écrit pour la force probatoire des écrits sous seings privés constatant des conventions synallagmatiques d'après l'article 1325 [2].

C'est de cette façon aussi, qu'on peut s'expliquer comment le Code civil de 1804 rattache aux présomptions de droit les diverses applications de la prescription (art. 1350-2° C. civ. franç.) et la force de la chose jugée (art. 1350-3° et 1351 C. civ. franç.). Ce n'est pas que ces institutions fondamentales de l'ordre juridique ne soient basées, avant tout, sur des considérations supérieures d'intérêt général, puisque, seules, elles assurent la sécurité des situations acquises. Mais on les rationalise mieux encore, si l'on admet que la prescription couvre normalement une acquisition ou une libération régulières (voy. notamment art. 704, *in fine* C. civ. franç.) et que la chose jugée représente généralement la vérité (*res judicata pro veritate accipitur*). — Parfois, la présomption, ainsi reconnue, n'est pas sans donner une énergie propre à la règle qu'elle amplifie. C'est ainsi que la règle : en fait de meubles possession vaut titre, présentée par les textes comme destinée à trancher le conflit entre le propriétaire dépossédé et l'acquéreur de bonne foi de meubles corporels (art. 1141, art. 2279-2280 C. civ. franç.) et fondée essentiellement sur la valeur respective des intérêts représentés par ces personnes dans les diverses circonstances de leur conflit [3], a trouvé, de plus,

---

Cours de Code civil, t. XX, nos **718** et **720**. — *Contra* : A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. III, 2e éd., Paris, 1921, p. 810.

1. Cons. C. Demolombe, *Cours de Code civil*, t. XXI, nos **678-695**.

2. Comp. Fr. Geny, *Des droits sur les lettres missives*, Paris, 1911, t. II, p. 22 (no **165**).

3. Voy. notamment : Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique de Code civil*, t. VIII, no **387** *bis*, IX, X et XIV, no **388** *bis*, I-II. — R. Saleilles (*Examen de jurisprudence* : L. 30 mars 1887), dans *Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur*, 1891, t. I, p. 696-699 (no **50**).

dans l'idée de présomption de propriété, une valeur probatoire distincte, dont la jurisprudence française a su tirer d'utiles conséquences[1]. — D'autre part, le rattachement plus étroit, des prescriptions libératoires, consacrées par les articles 2271-2274 du Code civil et par l'article 189, alinéa 1, du Code de commerce, à l'idée d'une présomption légale de paiement, explique comment le serment déféré au débiteur ou à ses ayants cause permet exceptionnellement de tenir en échec la libération, qui normalement en résulte (art. 2275 C. civ. et 189, al. 2, C. comm.).

Il advient, quelquefois aussi, qu'une règle impérative de la loi rencontre un correctif précieux en une présomption de volonté, qui a contribué à la fonder. — C'est ainsi, qu'en découvrant, à la base de l'article 1599 du Code civil, la présomption d'un transfert de propriété immédiat, voulu normalement par les parties à un contrat de vente, on en a conclu que la disposition, quelque peu singulière, de ce texte, devait être écartée, toutes les fois que la convention n'a pas pour but direct le transfert de la propriété d'une chose déterminée, appartenant à une personne autre que le vendeur[2]. — Un résultat, plus intéressant encore, s'est produit à propos de l'article 900 du Code civil, destiné essentiellement, suivant l'esprit des lois révolution-

1. Voy. notamment : Aubry et Rau, *Cours de droit civil francais*, 5e éd., t. II, Paris, 1897, § **182**, texte et note 3, p. 141. — *Adde :* § **183**, texte et notes 2-4, p. 143-146. — Comp. R. Saleilles, *De la possession des meubles* (Etudes de droit allemand et de droit français), Paris, 1907, n° **15**, p. 91-94; n° **53**, p. 164-168. *Adde :* n°s **54-118**, p. 168-263. — *Adde* encore : P. Bronzini, *De la preuve des dons manuels*, thèse de doct. Droit, Aix-Marseille, 1910-*1911*, chapitre premier, section II, p. 54-69. — Je modifie, quelque peu ici, les idées, que j'avais précédemment émises sur ce point. Voy. Fr. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899, p. 142-144 (n° **72**); 2e éd., 1919, t. I, p. 159-160 (n° **72**).

2. Voy. notamment : M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 8e éd., t. II, Paris, 1921, n° **1418** cbn. n° **1416**, p. 466-467. — A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, 2e éd., t. II, 1920, p. 440-441.

naires dont il est issu, à briser, en matière de libéralités, les volontés rebelles à la loi[1]. En juxtaposant, à ce motif impérieux[2], la pensée, empruntée aux lois romaines, de faire prévaloir avant tout la volonté capitale du disposant[3], la jurisprudence est arrivée, par la recherche de la « cause impulsive et déterminante », à permettre d'écarter la règle trop brutale de la loi, toutes les fois qu'elle heurterait violemment les intentions profondes de l'auteur de la libéralité[4]. — Une tentative analogue s'était fait jour à la suite de la loi du 28 mars 1885, qui réputait légaux tous les marchés à terme sur effets publics et autres, tous marchés à livrer sur denrées et marchandises, et écartait l'exception de jeu, qu'on fît valoir à leur encontre, en prétendant qu'ils dussent se résoudre par le paiement d'une simple différence (art. 2). S'appuyant sur quelques passages équivoques des travaux préparatoires de cette loi, certains interprètes l'expliquèrent par une présomption légale de la volonté des contractants en faveur de marchés sérieux ; d'où ils concluaient que la disposition de la loi pouvait être écartée par la preuve d'une volonté contraire, du moins si cette volonté s'était manifestée expressément par écrit[5]. Mais, cette supposition, que contredisaient formellement le caractère

1. Voy. notamment : E. Bartin, *Théorie des conditions impossibles, illicites, ou contraires aux mœurs*, Paris, 1887, p. 305-313. *Adde :* p. 313-336.

2. Voy. notamment : Civ. rej., 17 juillet 1883, *Sirey*, 84. 1. 305 et la note critique de J.-E. Labbé.

3. Le droit romain n'avait admis cela, qu'en matière de testament et par faveur pour ce mode de disposition.

4. Voy. notamment : M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 7e éd., t. III, Paris, 1918, nos **3034-3037**, p. 787-789. — Et, pour la critique : E. Bartin, *op. cit.*, p. 355-392.

5. Voy. notamment : A. Wahl, note sous Paris, 30 juin 1894 et Angers, 8 juillet 1895, *Sirey*, 95. 2, p. 257-260, et les opinions signalées par Ch. Lyon-Caen et L. Renault, *Traité de droit commercial*, 4e éd., t. IV, Paris, 1907, no **982**, p. 860-863. — Comp. Paris, (5e chambre), 6 juin 1885, *Sirey*, 86. 2. 1 et divers arrêts de Paris, Nancy, Douai, *Sirey*, 97. 2, p. 69, p. 72, p. 238. — Bordeaux, 18 novembre 1908, *Sirey*, 11. 2. 11.

impérieux de la loi et son intention de couper nettement court à toute chicane, fut finalement repoussée par la jurisprudence, qui fit prévaloir les vues supérieures du législateur, constituant la raison décisive de la loi, sur une présomption de volonté, qui ne jouait qu'un rôle effacé et secondaire dans ses motifs[1].

Parfois encore, on rencontrera des hypothèses, où la règle de droit, basée tantôt et principalement sur des considérations d'intérêt général, tantôt, mais accessoirement, sur une présomption donnant une force distincte à celles-ci, comportera des conséquences différentes, suivant les circonstances de son application. — Tel est, à mon sentiment, le cas de la prescription décennale des annulabilités, organisée par l'article 1304 du Code civil français. Si elle a pour fondement essentiel et prédominant les raisons de stabilité et de sécurité qui inspirent toute prescription[2], ces raisons peuvent, suivant les circonstances, s'étayer, de plus fort, sur une idée de confirmation tacite, qui ne s'expliquerait que par une présomption légale de volonté. C'est en ces circonstances seulement, qu'on pourra légitimement attribuer à la prescription décennale tous les effets d'une confirmation, et, par exemple, en déduire un échec à la maxime traditionnelle : *Quæ temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum*[3].

---

1. Voy. notamment : Civ. cass., 22 juin 1898, *Sirey*, 98. 1. 313. — Req. rej., 19 mars 1900, *Sirey*, 1900. 1. 520. — Req. rej., 1er août 1904, *Sirey*, 1905. 1. 79. — Req. rej., 24 novembre 1909, *Sirey*, 11. 1. 193. — Req. rej., 15 mai 1911 et 8 décembre 1913, *Sirey*, 14. 1, p. 9, p. 192.

2. C'est l'observation fort juste, présentée par P. Gide (*La législation civile du nouveau royaume d'Italie*), dans la *Revue historique de droit français et étranger*, 1866, t. XII, p. 421-422. — Comp. A. Valette, *Mélanges de droit*, publiés par Hérold et Lyon-Caen, Paris, 1880, t. I, p. 30-32. Voy. toutefois, *ibid.*, t. II, p. 10-11. — Voy. encore : A. Colin et H. Capitant, *Cours elémentaire de droit civil français*, t. II, Paris, 1915, p. 158-159; et 2e éd., 1920, p. 354 et p. 355, texte et note 1.

3. Comp. M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 8e éd., t. II, Paris, 1921, p. 428, note 1 (no **1291**).

Enfin, il faut convenir que certaine présomption, couvrant la disposition de la loi, apparaît tellement irrationnelle, qu'elle arrive à détruire cette disposition même. — Et c'est ainsi, qu'en dépit de la règle formulée par l'article 1119 du Code civil contre la validité des promesses pour autrui, on aboutit à reconnaître que, cette règle s'expliquant par une supposition de non engagement personnel contraire à toute vraisemblance, la convention de porte-fort, impliquée, au contraire, dans toute promesse pour autrui, aboutit à annihiler, *in parte qua*, la prohibition de l'article 1119 [1].

239. — En somme, dès qu'on la sort du domaine propre de la preuve, légalement réglementée, des faits juridiques, la présomption de droit, n'apparaissant plus que parmi les nombreux motifs [2] susceptibles de justifier une règle catégoriquement posée, y joue simplement le rôle de ces procédés de l'esprit, qui, par la seule vertu du ferment intellectuel, soutiennent et vivifient les préceptes directement issus du « donné » [3].

---

1. Comp. C. Bufnoir, *Propriété et contrat*, Paris, Rousseau, 1900, p. 564. — A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil*, Paris, 2e éd., t. II, 1920, p. 293-294. — Mais voy. Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, § **343** *ter*, note 4, 5e éd., t. IV, 1902, p. 511.

2. Comp. J. Unger, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, 4 A., t. II, Leipzig, 1876, § **130**, III, 4, texte et note 52, p. 600. — H. Burckhard, *Die civilistischen Präsumtionen*, Weimar, 1866, voit ici ce qu'il appelle des présomptions matérielles (*materielle Präsumtionen*), par opposition aux présomptions proprement dites ou de procédure (*processualische Präsumtionen*), qui constituent, non pas la raison d'être, mais le contenu même d'un précepte. Les présomptions matérielles seraient, elles-mêmes, tantôt le simple motif, tantôt la présupposition, de la règle. Au premier cas, elles repousseraient la preuve contraire, sauf dans le *jus dispositivum*. Au second cas, elles l'admettraient largement : §§ **19-22**, p. 166-193. — Voy. aussi : E. Bierling, v° Rechtsvermuthungen, dans *Rechtslexikon*, 3 A., t. III, 1, Leipzig, 1881, p. 302.

3. Comp. ci-dessus, nos **214-227**, p. 175-257 et Fr. Geny, *Science*

Les suggestions, que fournissent en ce sens les exemples ci-dessus proposés[1], trouveraient une confirmation puissante dans un examen, qui, s'attachant plutôt au rôle historique de la présomption qu'à sa fonction dogmatique, nous ferait découvrir en elle, à toutes les époques de l'histoire du droit, une sorte d'explication, parfois singulièrement risquée, de solutions, que l'on n'ose pas soutenir exclusivement pour elles-mêmes et qu'on cherche à couvrir d'un dehors rationnel par le moyen d'une supposition plus ou moins plausible. Sans prétendre poursuivre ici semblable travail, je puis, au hasard de mes souvenirs, relever quelques jalons, empruntés à diverses périodes du développement juridique. — Ce serait, par exemple, la présomption « *donasse videtur* », au moyen de laquelle certains interprètes du droit romain prétendaient justifier le refus de toute indemnité pour travaux faits sur le fonds d'autrui par un possesseur de mauvaise foi[2], et qui se retrouve encore à la base de la jurisprudence française, laissant au nu-propriétaire l'avantage des constructions édifiées par l'usufruitier, sans aucun dédommagement au profit de ce dernier[3]. — Plus tard, nous pourrions voir les interprètes du moyen âge se servir d'autres présomptions

et technique en droit privé positif, II, Paris, 1915, n^os^ **166-170**, p. 369-389. — *Adde ibid.*, p. 1-2 (n° **68**); n^os^ **69-71**, p. 4-20; *Science et technique*, t. I, Paris, 1914, n^os^ **33-34**, p. 96-100.

1. Voy. plus haut, n^os^ **237-238**, p. 339-356. — On a pu aussi expliquer certains caractères, propres au droit de succession *ab intestat* du conjoint survivant (art. 767 C. civ. modifié par L. 9 mars 1891), en rattachant ce droit à une donation *présumée* par la loi. A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, 2e éd., t. III, Paris, 1921, p. 417-421.

2. Voy. notamment : Pothier, *Traité du douaire*, n° **276**. — Comp. Gaius, Dig., *De acquirendo rerum dominio*, 41, 1, fr. 7, § 12 et § 30, *Instit.*, *De divisione rerum*, II, 1. Là-dessus : C. Accarias, *Précis de droit romain*, 4e éd., t. I, Paris, 1886, p. 649 (n° **257**). — *Adde* : Julianus, Dig., *De donationibus*, 39, 5, fr. 14. Mais voy. C., *De rei vindicatione*, III, 32, C. 2.

3. Comp. Paris, 29 février 1884 et Req. rej., 4 novembre 1885, *Sirey*, 86. 1. 113.

de donation, pour valider et munir d'action, tantôt un pacte nu [1], tantôt une stipulation irrégulière (*sine causa*) [2], tantôt un constitut [3]. — Et, dans la lutte entreprise, à partir du milieu du XVIe siècle, par les jurisconsultes français, contre les décisions canoniques, affirmées par le Concile de Trente, qui mettaient la liberté du mariage à l'abri des ingérences familiales, n'est-ce point encore en recourant à une présomption de séduction, qu'on ait pu faire annuler, sous le prétexte de rapt (rapt de séduction), les mariages contractés par des enfants de famille, mineurs de 25 ans, sans le consentement de leurs parents [4] ? — Enfin, si nous voulions descendre au droit contemporain, nous rencontrerions également, dans la jurisprudence anglaise, à l'effet d'obtenir l'annulation du mariage pour refus de consommation de la part de la femme, l'usage d'une présomption d'incapacité physique, qui n'a été que récemment écartée [5].

En nous montrant, sous des formes un peu extrêmes, ce qu'on peut tenir pour des abus du procédé, ces exemples nous révèlent, au mieux, son caractère artificiel. En même temps, ils nous enseignent, à la fois, le profit qu'en a su tirer une jurisprudence avisée, et comment des conceptions nouvelles, découvrant mieux le fond des choses, ont pu, le moment venu, ruiner, par la base, toute la construction.

Si, donc, l'on veut tenir compte de l'expérience acquise,

---

1. Comp. C. KARSTEN, *Die Lehre vom Vertrage bei den italienischen Juristen des Mittelalters*, Rostock, 1882, p. 144-145, p. 168-169, p. 173-174.

2. Comp. C. KARSTEN, *op. cit.*, p. 197-198.

3. Comp. C. KARSTEN, *op. cit.*, p. 170-171, p. 174-175.

4. Cons. L. DUGUIT (*Etude historique sur le rapt de séduction*), dans *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 1886, t. X, p. 587-625, surtout p. 616-625.

5. Comp. Cour suprême de justice d'Angleterre, 29 mai 1878, analysé dans *Journal de droit international privé*, d'Ed. CLUNET, 1879, t. VI, p. 563; — et 31 juillet 1913, rapp. dans *Sirey*, 14. 4. 12.

il ne paraîtra guère douteux, que la présomption de droit doive demeurer, dans l'avenir, comme elle l'a été dans le passé, un instrument du progrès juridique, non seulement pour aider à l'établissement de la preuve, mais, en dehors de cette mission spécifique, pour fournir à certaines règles de fond un appui rationnel, qui parfois en précisera la portée et en accroîtra l'efficacité.

Quant à la raison d'être de cette force inhérente à la présomption, elle ne peut tenir qu'à la valeur même de l'idée de vraisemblance ou de probabilité, qui supplée aux insuffisances du réel. Notre esprit a besoin de fixité, surtout quand il s'agit de découvrir une direction ferme pour la conduite humaine. A défaut du vrai ou du certain, il se forge, par le moyen d'indices ou d'hypothèses, une conception de ce qui peut être, où il trouve la base nécessaire à l'action [1]. Mais, par cela même qu'elle ne repose pas sur l'évidence, la présomption se prête à mille formes et reste susceptible d'un maniement souple [2].

Simple moyen en vue d'un but, qu'elle couvre comme d'un paravent, elle ne vaut qu'autant que ce but lui-même, et dans la mesure où elle s'y adapte, suivant les règles, posées plus haut, pour tous procédés intellectuels contribuant à la mise en œuvre du Droit [3].

A ces conditions, la présomption se légitime, comme un des moyens les plus précieux de la technique du droit, tant pour la justification des décisions législatives, que pour le développement systématique des institutions

1. Comp. Cardinal D. Mercier, *Critériologie générale ou théorie générale de la certitude*, 6e éd., Louvain et Paris, 1911.

2. La présomption peut même, sous prétexte d'une possibilité subjectivement entendue, nous éloigner des probabilités les plus plausibles. C'était le cas de la présomption « *donasse videtur* », rappelée plus haut (p. 357, texte et note 2 [n° **239**]), qui, aussi bien, ne faisait que colorer une solution, injustifiable au point de vue de l'équité.

3. Voy. ci-dessus, n° **223**, p. 208-211. — Comp. nos **220-222**, p. 198-208.

juridiques par toutes les formes de l'interprétation du droit [1].

SECTION II

FICTIONS JURIDIQUES

240. — Mieux encore que les présomptions, les fictions juridiques font saillir, dans l'ordre intellectuel, l'artifice, qui demeure le trait distinctif de la technique du droit [2]. D'une part, elles se présentent en dehors de toute question de preuve et contribuent directement à accroître le nombre ou à développer le contenu des règles de fond. D'autre part, — et c'est ce qui en marque le signe caractéristique, — elles ne s'attardent pas à soupeser la probabilité, à scruter la vraisemblance ; elles heurtent franchement ce que l'esprit tient pour la réalité des choses ; bien plus, c'est en faussant délibérément celle-ci, qu'elles aboutissent à assujettir la vie sociale au précepte, jugé désirable. Par où l'on voit, qu'elles dépassent manifestement la sphère, où se contiennent les présomptions, même absolument irréfragables [3].

Si étrange que puisse paraître à la saine raison, pour nous

---

1. Comp., pour l'appréciation générale des présomptions légales : P. Geffroy, *Essai sur les présomptions légales en matière civile*, thèse de doct. Droit français, Paris, 1890-*1891*, Conclusion, nos **120-129**, p. 159-171. — G. Aron, *Théorie générale des présomptions légales en droit français*, thèse de doct. Droit, Paris, 1894-*1895*, nos **23-29**, p. 18-23 ; nos **40-43**, p. 27-30 ; nos **298-310**, p. 167-177. — A. Dumora, *Etude sur les présomptions en droit civil*, thèse de doct. Droit, Bordeaux, 1900-*1901*, Conclusion, p. 126-132. — J. Kohler (*Technik der Gesetzgebung*), dans *Archiv für die civilistische Praxis*, 1905, t. 90. p. 363-365, p. 371.

2. Voy. ci-dessus, p. 17-19 (n° **182**), p. 20-23 (n° **183**). — *Adde :* n° **184**, p. 24-26.

3. Voy. ci-dessus, chapitre septième, p. 260-261 (n° **228**), section I, nos **230-239**, p. 264-360, *passim*, notamment : p. 266-267 et 269 (n° **230**) ; p. 274-276 (n° **231**) ; p. 279-283 (n° **232**) ; p. 297-299 (n° **234**) ; p. 330-332 (n° **235**) ; p. 335-336 (n° **236**) ; p. 339-340, p. 341-343 (n° **237**) ; p. 346-347 (n° **238**) ; p. 356-359 (n° **239**).

aider à trouver notre voie vers *le juste*, un procédé qui consiste essentiellement à prendre le rebours *du vrai*, il faut convenir, qu'on rencontre son emploi, en maintes manifestations de l'activité des hommes. — A peine vaut-il, de signaler la part de la fiction dans les jeux du premier âge, qui tendent, presque tous, par une imitation délibérément mensongère, à hausser l'enfant au niveau de l'homme fait. — Mais, si nous considérons celui-ci, peinant et multipliant ses efforts en vue de vivre et de progresser dans la vie, nous le voyons sans cesse contredire les évidences les plus palpables, déformer de parti pris la réalité, en vertu d'une sorte d'instinct, qui se révèle au mieux, soit dans les conceptions poétiques [1] ou artistiques, soit dans la recherche des lois scientifiques [2]. — Au lieu d'envisager les choses telles qu'elles sont, et dans toute la splendeur de leur vérité [3], pour en reproduire les aspects variés ou pour en

---

1. Il n'est pas hors de propos de rappeler ici le paradoxe du poète didactique, qui peut trouver son application en droit :

> De toute fiction l'adroite fausseté
> Ne tend qu'à faire aux yeux briller la vérité.

2. Comp. Bierling, v° Fiktionen, dans *Encyklopädie der Rechtswissenschaft,* de F. von Holtzendorff, zweiter Theil, Rechtslexikon, 3 A., Leipzig, t. I, 1880, p. 830. — E.-R. Bierling, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe,* zweiter Theil, Gotha, 1883, p. 87-88 (§ **166**); *Juristische Prinzipienlehre*, t. I, Freiburg i. B. und Leipzig, 1894, p. 102, texte et note 17 (n° **10**). — W. Wundt, *Logik,* III Band, 3 A., Stuttgart, 1908, p. 603, note xx, soutient, il est vrai, que les principes des sciences, présentés comme fictions, ne sont autre chose que des abstractions. — Il est difficile d'accepter cette explication, en présence d'un principe, tel que celui de la rigidité des corps, qui manifestement défie toute réalité mécanique. — Voy. pourtant, dans un sens voisin de celui de W. Wundt : Gnaeus Flavius (H. U. Kantorowicz), *Der Kampf um die Rechtswissenschaft,* Heidelberg, C. Winter, 1906, p. 24-25 (B, II, 2). — *Adde,* sur la fiction, envisagée comme instrument méthodologique, à propos du doute, *méthodique* ou *fictif,* de Descartes : Cardinal D. Mercier, *Critériologie générale,* 6e éd., Louvain et Paris, 1911, nos **32-33**, p. 63-67.

3. Sur la vérité, considérée comme propriété métaphysique de l'être, cons. Cardinal D. Mercier, *Métaphysique générale* ou *Ontologie,* 5e éd., Louvain et Paris, 1910, nos **93-109**, p. 182-206, notamment

pénétrer l'agencement intime, l'homme paraît prendre plaisir à en imaginer des manières d'être, que ne lui offre pas la nature[1]. Et, cette altération voulue du réel le conduit à des résultats utiles[2]. En tout cas, il persévère à ne pas se contenter de l'examen objectif du monde, et à chercher certains de ses secrets dans les modifications mêmes, que l'esprit lui fait subir. Aussi, a-t-on pu présenter la philosophie du « *comme si* », pour une des sources les plus fécondes du progrès des efforts humains[3].

Quoi qu'il en soit de cette conclusion générale, c'est un fait, que les systèmes juridiques, les plus avancés, nous offrent de nombreuses applications de la fiction, dans l'établissement et l'extension des règles de droit, soit qu'on supplée par l'imagination certaines exigences normales de celles-ci en des hypothèses où elles manquent, soit que la pensée leur attache des effets qui ne répondent pas à leur consistance naturelle[4]. — On sait quel usage, par le moyen de ses divers organes, coutume, loi, préteur, jurisconsultes, le droit romain a su faire de ce procédé : notamment, pour effacer les conséquences d'une situation défavorable, telle que la captivité d'un citoyen romain (*postliminium*; — *fictio legis Corneliæ*); ou pour étendre le champ trop étroit de certaines actions (*actiones ficticiæ*); ou, plus généralement, pour élargir ou modifier la portée des ins-

---

nº **97**, p. 188-189 : « L'idéal, norme des jugements sur le vrai, est extrait de l'expérience. »

1. Cons. *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, vº Fiction, dans *Bulletin de la Société française de philosophie*, t. VI, 1906, p. 304, col. 2.

2. Comp. Th. Ribot, *Essai sur l'imagination créatrice*, Paris, 1900.

3. Cons. H. Vaihinger, *Die Philosophie des Als ob*, Berlin, 2 A., 1913. — A. Coralnik, *Die Philosophie der Fiktion*, dans *Archiv für systematische Philosophie*, de L. Stein, 1914, t. XX, p. 220-229. — Voy. aussi : A. Sturm, *Fiktion und Vergleich in der Rechtswissenschaft*, 1916.

4. Comp. B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9 A., Th. Kipp, t. I, Frankfurt a. M., 1906, p. 307-308 (§ **67**, texte et note 5). — Voy. d'ailleurs, ci-après, nº **243**.

titutions, en dépit des données naturelles (*adrogation*[1]; — *jus italicum; — infans conceptus pro nato habetur; — separatio bonorum;* — personnalité morale; — continuation de la personne du défunt par ses héritiers; — survie du défunt ou rétroactivité de l'adition dans l'hérédité jacente; — autres fictions de rétroactivité,... etc.)[2]. — Et, si nous envisageons notre droit français privé de l'heure présente, nous y retrouvons, à côté de la plupart des fictions romaines, qui n'aient pas perdu aujourd'hui leur raison d'être, d'autres emplois du même procédé, compensant, et au delà, les déchets provenus du changement des conceptions juridiques ou des conditions sociales de fait. Qu'il me suffise de rappeler, entre autres, — outre la représentation successorale, où l'article 739 du Code Napoléon voit positivement une fiction de la loi, — l'institution du domicile, l'immobilisation par destination (art. 524-525 C. civ. franç.)[3] et celle par déclaration autorisée de la loi (L. 16 janvier 1808, art. 7; — L. 17 mai 1834, art. 5), l'ameublissement ou la réalisation de biens d'époux mariés en communauté, la représentation par autrui dans les actes juridiques, l'effet déclaratif du partage, enfin l'extension, presque infinie, de l'idée de rétroactivité pour les conséquences de nombreux faits de droit[4]. — N'a-t-il pas

1. Cons. F. Desserteaux, *Étude sur les effets de l'adrogation,* dans *Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur,* 1892, t. II, p. 21-56, p. 379-429, p. 679-752.

2. On trouvera aussi quelques observations intéressantes, sur les fictions juridiques, chez E. Hölder, *Die Einheit der Correalobligation und die Bedeutung juristischer Fictionen,* dans *Archiv für die civilistische Praxis,* 1886, t. LXIX, p. 203-240, notamment p. 221-231.

3. Sur l'extension, donnée à cette fiction par le projet de loi sur la réparation des dommages de guerre (finalement L. 17 avril 1919, art. 2, al. 2-3°), voy. Desplas, rapporteur, discours prononcé dans la discussion générale à la Chambre des députés, les 3 et 5 octobre 1916 (*Journal officiel.* Chambre, *Débats parlementaires,* session ordinaire de 1916, p. 1983, p. 2036-2037).

4. Cons. A. Gallet, *Étude sur la fiction de rétroactivité dans le droit français,* thèse de doct. Droit, Poitiers, 1902-1903.

semblé nécessaire, récemment encore, d'user d'une fiction, méconnaissant de parti pris les données objectives de l'heure astronomique, afin de changer, durant une période déterminée, au moyen d'un avancement de l'heure légale, les moments assignés par nos usages aux principales habitudes de la vie sociale (L. 9 juin et décr. 10 juin 1916; L. 19 mars 1917 et décr. 20 mars 1917; Décr. 28 février 1918; Décr. 9 février 1919; L. 6 février 1920)[1]? — Ce ne sont là, d'ailleurs, que des exemples, pris au hasard parmi les plus saillants. Mais, j'ose dire qu'un examen attentif de tout notre système juridique moderne ferait découvrir, à chaque pas, plus ou moins visibles, plus ou moins accentuées, une multitude d'irréalités, qui interviennent, à des degrés divers, dans la constitution de notre réseau, si complexe, de règles juridiques et répondent à la notion large de la fiction de droit[2].

Ce phénomène — plus souvent reconnu à la surface que profondément pénétré — n'a pas laissé d'étonner les jurisconsultes. L'un d'eux a même parlé de la puissance diabolique des fictions[3]. Sans aller aussi loin dans la voie d'un mysticisme éperdu, et, par ailleurs, tout à fait stérile, la plupart se sont évertués à scruter l'essence des

---

1. Cons. M. Blondel, Un problème de psychologie sociale. *La correction du retard chronique de l'heure civile,* dans *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques,* 1916-2°, t. 186, p. 45-59, avec observations à la suite, p. 59-60.

2. Parfois même, on rencontre, dans la même matière, des fictions agissant en sens inverse les unes des autres : ainsi la rétroactivité attachée à la nullité du mariage, d'une part, le mariage putatif, d'autre part; de même, à Rome, la *capitis deminutio* (sur laquelle voy. F. Desserteaux, *Etudes sur la formation historique de la capitis deminutio,* I-II, 1, Dijon et Paris, 1909-*1919*) et sa rescision feinte en certains cas.

3. J.-E. Kuntze, *Die Obligation und die Singularsuccession des römischen und heutigen Rechtes,* Leipzig, 1856, p. 89. « Es webt ein dämonisches Walten in diesem wundersamen Reiche der Fiktionen..... » : comp. p. 88-89 (§ 22). — Voy. aussi J.-N. Berger, *Kritische Beiträge zur Theorie des österreichischen allgemeinen Privatrechtes,* Wien, 1856, p. 68.

fictions juridiques et à en apprécier la valeur. Les uns les ont vantées outre mesure. Les autres ont tendu plutôt à les rabaisser [1]. Mais, des deux côtés, on est parti de cette idée préconçue, qu'il y avait là un procédé exceptionnel, et quelque peu anormal, d'élaboration du droit [2].

Je crois, pour ma part, devoir, *a priori*, prendre le contre-pied de cette présupposition. Le *processus* intellectuel, dont la fiction juridique nous offre un exemplaire achevé, fait partie des opérations, les plus courantes, de notre esprit, et se trouve même, en quelque façon, nécessité par l'infirmité naturelle de celui-ci [3]. — Notre faculté, de créer des concepts vraiment nouveaux, répondant aux exigences de l'évolution du monde, en même temps qu'adequats aux réalités qu'ils saisissent, est infiniment lente, et, au fond, des moins fécondes. Il faut donc nous accommoder d'un nombre limité de concepts, bien définis, capables d'encadrer fermement les directions morales et économiques de l'humanité. Comment y parvenir autrement, — la volonté suppléant aux lacunes de l'entendement, — qu'en procédant, suivant une pente naturelle de l'esprit [4], à des assimilations même forcées, ou plutôt, en classant, sous des concepts préalablement établis, les situations nouvelles, que les progrès de la vie sociale soumettent à l'exigence d'un règlement, impossible à constituer de toutes pièces? A quoi s'ajoute, pour accentuer cette nécessité, le besoin, instinctif et toujours plus profondément senti,

1. Voy. ci-après, n° **244**.

2. Voy. pourtant : R. von JHERING, *Geist des römischen Rechts*, dritter Theil, erste Abtheilung, t. IV, 4 A., Leipzig, 1888, p. 302-305 (§ **58**); trad. de MEULENAERE. *Esprit du droit romain*, 3e éd., t. IV, Paris, 1888, p. 293-295 (§ **68**). — E.-R. BIERLING, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, zweiter Theil, Gotha, 1883, p. 87-89 (§ **166**).

3. Comp., sur les caractères psychologiques de la fiction (œuvre de l'imagination) : L. LECOCQ, *De la fiction comme procédé juridique*, thèse de doct. Droit, Paris, 1913-*1914*, p. 22.

4. Comp. Fr. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, I, Paris, 1914, p. 157-158 (n° **54**).

d'une continuité régulière et méthodique dans le développement juridique. Or, le résultat voulu nous est directement procuré par la fiction, qui joue, particulièrement dans le droit positif, un rôle important, en raison même de l'influence de l'esprit sur semblable domaine d'action[1]. — Et, cette importance ressort, plus nettement encore, des systèmes de formes et de catégories, dont nous avons constaté déjà, qu'ils constituent comme l'ossature nécessaire de toute organisation de droit[2]. Car, si une institution de la vie sociale ne revêt le caractère juridique que par le moule d'une forme plastique ou dans le cadre d'une catégorie à arêtes précises, force est bien de faire entrer, du moins provisoirement, en les formes ou catégories consacrées, telle relation humaine, jusqu'alors amorphe, que l'on veuille, à un moment donné, munir d'une sanction positive[3]. Pareil effet ne se peut obtenir qu'en altérant, plus ou moins, par la pensée, la réalité des choses, c'est-à-dire au moyen d'une fiction.

Au fond, donc, la fiction juridique ne constitue pas plus que l'adaptation, particulière au but propre du Droit, d'un procédé usuel d'enrichissement de la vie sociale. Elle n'enferme aucun mystère. Et, il s'agit seulement, — si l'on veut reconnaître quelle place elle tient et doit tenir dans l'ensemble de notre technique, — avant tout, l'envisageant ingénument en elle-même, d'en fixer les caractères spécifiques, d'en découvrir les fonctions, d'en constater le champ d'application (§ I); — puis, considérant sa valeur propre, de chercher à déterminer les conditions et les limites de son efficacité (§ II); — enfin, examinant son

1. Comp. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif,* I, Paris, 1914, p. 102 (n° **35**). — *Adde, ibid.,* n^{os} **35-56**, p. 101-164 et ci-dessus, n^{os} **214-227**, p. 175-257.

2. Voy. ci-dessus : chapitres quatrième (XVIII), et cinquième (XIX), n^{os} **202-213**, p. 94-174.

3. Comp. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif,* I, Paris, 1914, n° **16**, p. 47-52.

mode de développement, de discerner les sources qui en peuvent légitimer la création ou l'emploi (§ III)[1].

I

241. — La fiction juridique provient manifestement d'un concept, qui prétend soumettre une réalité sociale au pouvoir de l'esprit, en vue d'un règlement de droit. Mais, au lieu de saisir cette réalité par les traits, qu'y découvrirait une analyse abstractive sincèrement conduite, — comme ferait la conception normale, non fictive, — elle la traduit en d'autres traits, qui déforment sa nature originaire, et où elle ne se peut reconnaître, sans une décision ferme de la volonté, forçant les directions normales de l'intelligence et supplantant, en quelque sorte, celle-ci, pour atteindre le but préconçu, que commande l'ordre juridique. — La notion de fiction implique donc, *a priori*, l'idée d'un *concept naturel*, consistant en une représentation adéquate

---

1. Sur l'histoire de la fiction juridique, je me borne à renvoyer à G. Demelius, *Die Rechtsfiktion in ihrer geschichtlichen und dogmatischen Bedeutung*, Weimar, 1858. — Cet ouvrage, dont les conclusions dogmatiques sont peu nettes, a été longtemps, dans la littérature juridique moderne (parmi les anciens, voy. notamment : Alteserra, *De fictionibus juris tractatus quinque*, Paris, 1659. — Poullain du Parc, *Principes du droit français suivant les maximes de Bretagne*, Rennes, 1768, t. III, p. 337-351 : Second livre, Appendice. Chapitre I. Des fictions de droit. — Ce dernier auteur a été résumé dans Rolland de Villargues, *Répertoire de la jurisprudence du notariat*, v° Fiction, t. III, Paris, 1828, p. 653-654), le seul, à ma connaissance, qui ait traité, *ex professo*, des fictions de droit. — Mais il faut ajouter aujourd'hui un ouvrage mieux conçu dans le sens de notre thème : L. Lecocq, *De la fiction comme procédé juridique*, thèse de doct. Droit, Paris, 1913-*1914*. — D'autres études, de caractère général, ayant touché, occasionnellement et fragmentairement ce sujet, seront mentionnées à propos des développements qui suivent. — Je signale encore, dès maintenant, deux articles, spécialement consacrés à la fiction de droit : H. Duméril, *Les fictions juridiques*. Leur classification, leurs origines, dans *Revue générale du droit*, 1882, t. VI, p. 448-453, p. 534-544. — P. Guyot, *L'idée de fiction*, dans *Revue générale du droit*, 1908, t. XXXII, p. 416-421.

du réel [1], et y oppose celle d'un *concept, plus ou moins arbitrairement forgé,* qui puise toute sa valeur dans la « convention » inspirée par l'objectif de droit poursuivi [2]. Et, sans doute, on peut dire que toute règle de droit nécessite un concept, résultant du travail de l'esprit sur la réalité sociale [3]. Mais, normalement, ce concept n'a rien d'artificiel ; il est imposé par la logique naturelle et ne se légitime pas seulement par un encadrement dans l'ordre juridique préexistant [4], qui ne pourrait que nous mouvoir en un cercle ; sauf à admettre, qu'à un certain stade de développement, l'ordre juridique lui-même peut faire partie de la conception naturelle [5]. — Mais, c'est précisé-

1. Comp., sur les données objectives, qui sont la base première de toute élaboration scientifique du droit : Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif,* II, Paris, 1915, n^os **166-170**, p. 369-389.

2. On a pu dire, en ce sens, d'une façon assez approximative d'ailleurs, que la fiction légale représentait un droit, qui repose sur la loi positive, au lieu d'être un droit naturel (Larousse, *Grand dictionnaire universel du XIXe siècle,* v° *Fiction,* fiction légale).

3. Voy. L. Lecocq, *De la fiction comme procédé juridique,* thèse de doct. Droit, Paris, 1913-*1914,* p. 23-24. *Adde :* p. 51, p. 134, p. 224-226, et *passim.* — Comp. *ibid.,* p. 35.

4. Comme paraît l'admettre R. Saleilles, *De la personnalité juridique,* Paris, 1910, p. 603-606, p. 609, p. 613, p. 614, p. 615-616, p. 617, p. 621-622, p. 623, p. 624 (vingt-quatrième leçon). — Voy. aussi R. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé,* Paris, 1911, p. 244, p. 245, p. 247-248. — A. Henry, *De la subrogation réelle, conventionnelle et légale,* thèse de doct. Droit, Nancy, 1912-*1913,* p. 96-101, p. 377-378. — Déjà J.-N. Berger, *Kritische Beiträge zur Theorie des österreichischen allgemeinen Privatrechtes,* Wien, 1856, p. 82 et suiv., avait soutenu que toute création juridique repose primitivement sur des fictions. Contre cette opinion excessive, voy. G. Demelius, *Die Rechtsfiktion in ihrer geschichtlichen und dogmatischen Bedeutung,* Weimar, 1858, p. 93-95. *Adde :* L. Lecocq, *op. cit.,* p. 34-35.

5. C'est la parcelle de vérité, qui me paraît contenue dans les opinions signalées à la note précédente. — On peut ajouter, que ce qui est fiction pour le juriste peut se présenter, aux yeux du peuple, du vulgaire, comme une conception naturelle : ainsi la personnalité morale des établissements, voire des associations. Voy. E.-R. Bierling, *Juristische Prinzipienlehre,* t. I, Freiburg i. B. und Leipzig, 1894, p. 101, note 3 (§ **5**, n° 10). Comp., à ce sujet, R. Saleilles, *De la personnalité juridique,* Paris, 1910, p. 606-609. *Adde* p. 609-620 (vingt-

ment dans les cas exceptionnels, où le concept, comme par une sorte de « mutation brusque », rompt de parti pris avec la représentation naturelle des choses, que nous pouvons parler de fiction. Aussi bien, suffit-il de l'introduction, dans le concept, d'un élément quelconque, vraiment étranger à la représentation strictement naturelle, pour que nous soyons en présence d'une fiction.

Celle-ci peut consister à supprimer un trait, normalement représentatif de la réalité ; tels, à Rome, le *postliminium*, la fiction de la loi *Cornelia*, qui tendent à passer l'éponge sur la soumission effective à l'ennemi ; tel, chez nous, l'effet déclaratif du partage, qui fait disparaître, à certains égards et en quelque mesure du moins, la période d'indivision et ses conséquences naturelles. — Ou bien, elle ajoute aux faits existants un élément nouveau et distinct : ainsi, jadis, la publicienne reposait sur la fiction d'une usucapion accomplie ; aujourd'hui encore, la rétroactivité de la condition présuppose l'acte conditionnel ayant produit ses effets dès l'origine ; la personnalité morale attribue aux entités ou collectivités, qui en sont dotées, la qualité de sujet de droit, naturellement inhérente à l'être humain individuel [1].

---

quatrième leçon). — Il résulte de ces observations, qu'on peut toujours, par un effort d'analyse, ramener les fictions à des concepts naturels. Et, c'est ainsi que le caractère de fiction a été dénié, non seulement à la personnalité morale (voy. par exemple, L. MICHOUD, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, t. I, Paris, 1906, nos **6-58**, p. 16-129), mais aussi bien à l'effet déclaratif du partage (voy. notamment : M. DESSERTEAUX, *Essai d'une théorie générale de l'effet déclaratif en droit civil français*, thèse de doct. Droit, Dijon, 1908-*1909*, n° **133**, p. 284-288, p. 402 [n° **186**], p. 405 [n° **188**], p. 406-407 [n° **189**]), voire à la représentation dans les successions, en dépit de la formule de l'article 739 du Code civil français (voy. notamment : M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 7e éd., t. III, Paris, 1918, n° **1761**, p. 361-362). Semblable système, qui aboutit à supprimer la notion même de la fiction juridique, en la confondant avec le concept normal, me paraît méconnaître lui-même la réalité des choses, pour les raisons indiquées au texte.

1. Sur le caractère de fiction, que je maintiens, en dépit des dis-

— Le plus souvent, même, la fiction modifie tout à fait certaines données de la représentation naturelle; elle détruit et crée à la fois. C'est ce qu'on peut observer, par exemple, dans notre mort civile ou notre naturalisation, supplantant certaines applications de la *capitis deminutio* romaine, dans l'institution du domicile, dans la catégorie des immeubles par destination, dans la représentation par autrui comme dans la représentation en matière successorale, et, à peu près, peut-on dire, dans toutes les fictions.

Evidemment, cette altération de la vérité des choses, cette introduction, dans le concept, d'un élément étranger à la vision ingénue du réel, doit, pour que nous soyons en présence d'une fiction de droit, tendre à un but juridique, c'est-à-dire procurer, en quelque manière, l'établissement ou le développement de la règle du droit[1]. Mais, ce résultat supposé acquis, peu importe sous quelle forme logique il s'obtient. — Ainsi, ne placerai-je pas, en dehors du domaine de la fiction, comme l'ont proposé certains auteurs[2], les assimilations, soit par substitution (par exemple adrogé assimilé à l'enfant du sang; — *infans conceptus pro nato habetur*), soit par simple image (*jus liberorum* à Rome; — mort civile), du moment qu'elles modifient le droit préexistant, en contredisant le réel[3]. De même, si la

cussions récentes, à la personnalité morale, voy. ci-dessus, p. 368, texte et notes 1-5 (nº **241**). — *Adde :* nº **224**, p. 212-228.

1. Cons. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, t. I, Paris, 1913, nºs **13-16**, p. 42-52.

2. Voy. notamment : R. von Jhering, *Geist des römischen Rechts*, dritter Theil, erste Abtheilung, 4 A., t. IV, Leipzig, 1888, p. 306-308 (§ **58**); *Esprit du droit romain*, trad. de Meulenaere, 3e éd., t. IV, Paris, 1888, p. 297-299 (§ **68**), dont les explications, sur ce point, manquent assurément de netteté. — E.-R. Bierling, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, zweiter Theil, Gotha, 1883, p. 85-86 (§ **166**). — S. Schlossmann, *Die Lehre von der Stellvertretung, insbesondere bei obligatorischen Verträge*, erster Theil, Kritik der herrschenden Lehren, Leipzig, 1900, p. 212 et p. 213 (§ **19**). — Comp. R. Stammler, *Theorie der Rechtswissenschaft*, Halle a. d. S., 1911, p. 329-330 (§ **16**). — R. Demogue, *op. cit.*, p. 239-241.

3. Comp. G. Demelius, *Die Rechtsfiktion in ihrer geschichtlichen und*

fiction dénature le plus souvent *les faits*, qui servent de présuppositions à la *décision juridique*, elle peut parfois altérer celle-ci même, considérée comme synthétisant une situation d'ensemble réglée par le Droit[1]. — Bref, il est nécessaire d'entendre largement les modes de réaliser la fiction, sous la notion essentielle qui en a été présentée plus haut, afin d'éviter des illusions fâcheuses touchant l'importance et la valeur du procédé[2].

Il est, pourtant, une catégorie de fictions, qu'il me paraît opportun d'écarter de notre horizon actuel : j'entends les fictions de circonstances matérielles, en gestes, en paroles ou en écritures, qui se rattachent aux procédés techniques de la forme. — C'est, en effet, une conséquence, pratique-

---

dogmatischen Bedeutung, Weimar, 1858, *passim*, notamment p. 48-49 (§ **5**). — B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9 A., Th. Kipp, t. I, Frankfurt a. M., 1906, § **67**, texte et note 5, p. 307-308. — Selon L. Lecocq, *De la fiction comme procédé juridique*, thèse de doct. Droit, Paris, 1913-*1914*, p. 236-237, l'assimilation échapperait au domaine de la fiction, en ce qu'elle serait *absolue*, tandis que la fiction, ne procédant que par voie de comparaison, serait *susceptible de mesure*. Cette observation ne me paraît pas exacte. L'assimilation juridique ne repose pas sur une *identification*, qui la rendrait inutile. Et, par exemple, notre interdiction légale, qui peut, je crois, passer pour répondant au type pur de l'assimilation (art. 29-31 C. pén. franç.), n'identifie pas la condition de celui qui en est frappé à celle d'un interdit judiciaire. — La fiction, tendant à une simple assimilation, se rencontre aussi dans le domaine financier. Tel est, par exemple, en matière de douanes, l'entrepôt fictif. Voy. L. 29 décembre 1917 relative à la réforme du régime des entrepôts, art. 3; art. 4, al. 4, et al. 7, *in fine;* art. 5, al. 1 ; art. 6, al. 8; art. 9, al. 1.

1. En ce sens : G. Demelius, *Die Rechtsfiktion in ihrer geschichtlichen und dogmatischen Bedeutung*, Weimar, 1858, p. 87-88 (§ **8**). — B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9 A., Th. Kipp, t. I, Frankfurt a. M., 1906, p. 308 (§ **67**, note 5, *in fine*). — *Contra :* J.-E. Kuntze, *Die Obligation und die Singularsuccession des römischen und heutigen Rechts*, Leipzig, 1856, p. 376-380 (§ **94**).

2. Il résulte assurément de là, que le procédé de la fiction juridique n'a, pour ainsi dire, pas de bornes saisissables. Cela même constitue, pour lui, une infériorité très notable, quand on l'envisage comme instrument technique. Tel est, aussi bien, le sentiment, fort net, qui se dégage de l'intéressante étude de L. Lecocq, *De la fiction comme procédé juridique*, thèse de doct. Droit, Paris, 1913-*1914*.

ment nécessaire, du formalisme juridique, pris au sens le plus large [1], que, pour assurer tout son développement au droit sous ce régime, on devra parfois supposer accomplies certaines solennités extérieures, qui, en fait, n'ont pas eu lieu, du moins de façon certaine et suivant les exigences spécifiques du droit positif. Ainsi s'expliqueraient, à mon avis, les actes apparents [2], imaginaires (ex. : *mancipatio*), dénaturés (ex. : *testamentum per æs et libram*), ou proprement fictifs (ex : *in jure cessio*), — que nous offre, en nombre, le droit romain [3]. Notre ancien droit français a connu d'autres manifestations du même besoin, entre lesquelles il me suffira de rappeler ici, outre les *traditions feintes* [4], la procédure du *décret volontaire,* aboutissant à purger, des hypothèques et charges analogues, un immeuble aliéné à l'amiable, par le moyen d'une fiction de *décret forcé* [5]. Même chez les modernes, toute la procédure judiciaire ou extrajudiciaire resterait manifestement inapplicable, si ses exigences minutieuses ne se trouvaient allégées par la possibilité d'y suppléer au moyen de déclarations verbales

1. Voy. ci-dessus, n[os] **203-206**, p. 96-122 (chapitre quatrième [XVIII]); notamment, p. 98-101 (n° **203**).

2. Voy., sur le rapprochement de l'*acte apparent* et de la *fiction :* P. Vander Eycken, *Méthode positive de l'interprétation juridique,* Bruxelles et Paris, 1907, n[os] **244-246**, p. 406-408 et p. 410 (n° **248**), p. 411-412 (n° **250**).

3. Voy. notamment : R. von Jhering, *Geist des römischen Rechts,* zweiter Theil, zweite Abtheilung, 4 A., t. III, Leipzig, 1883, p. 528-554 (§ **46**); dritter Theil, erste Abtheilung, 4 A., t. IV, Leipzig, 1888, p. 281-301 (§ **58**). *Esprit du droit romain,* trad. de Meulenaere, 3[e] éd., t. III, Paris, 1887, p. 220-247 (§ **52**); t. IV, Paris, 1888, p. 272-292 (§ **68**). — Ed. Cuq, *Les institutions juridiques des Romains.* I. L'ancien droit, Paris, 1891, p. 733-734; 2[e] éd., 1904, p. 163-164. — *Adde :* P. Vander Eycken, *Méthode positive de l'interprétation juridique,* Bruxelles et Paris, 1907, n° **244**, p. 406-408. Comp. p. 409 (n° **246**).

4. Voy. notamment : Ch. Beudant, *Cours de droit civil français.* Les contrats et les obligations, Paris, 1906, p. 191 (n° **332**), p. 193 (n[os] **333-334**).

5. Voy., par exemple : Cl.-J. Ferrière, *Dictionnaire de droit et de pratique,* v° Décret volontaire, nouvelle édition, Paris, 1769, t. I, p. 414-415.

ou écrites, qui attesteront, en un mensonge solennellement consacré, la réalisation des formes impérieusement prescrites[1] ou la constatation de faits dont la loi exige vérification[2]. Et, notre système de publicité, sous ses multiples aspects, n'arrive à jouer son rôle technique, qu'à la faveur de suppositions manifestement contraires à la vérité. D'autre part, les simulations[3] et les contre lettres interviennent encore fréquemment aujourd'hui, pour donner à la volonté le moyen d'obtenir certains résultats désirables, en usant de l'organisation légale des formes et modifiant les effets normaux des actes juridiques par un déguisement calculé. — Ce sont là, assurément, autant de fictions de droit et des

1. C'est l'application de la règle : *quod dictum* (ou *scriptum*) *est quasi actum videatur etiam actum,* que confirment maints textes romains. Voy. notamment : Paulus, *Sent. receptæ*, VII, 2. — Ulpianus, Dig., *De verb. obligat.*, 45. 1, fr. 30. — Just., *Inst. De inutilibus stipulationibus,* III, 19, §§ 12 et 17. *De fidejussoribus,* III, 20, § 8. — Justinianus, C. *De contrahenda et committenda stipulatione,* VIII, 37 (38), C. 14. — Il est vrai que cette règle peut passer pour consacrer une présomption plutôt qu'une fiction. Voy. G. Demelius, *Die Rechtsfiktion in ihrer geschichtlichen und dogmatischen Bedeutung,* Weimar, 1858, p. 16-17 (§ **2**). — On sait que le législateur moderne a parfois lutté contre le relâchement de la pratique. Voy. notamment L. 21 juin 1843, art. 2, reprod. par L. 12 août 1902, art. 1er, modifiant l'art. 9 (al. 4 dans le texte actuel) de la L. 25 ventôse an XI. — Malgré tout, une simple mention de la formalité accomplie permet trop aisément d'échapper à celle-ci. Et l'éventualité de l'inscription de faux constitue une sanction bien problématique. — Au fond, d'ailleurs, la déclaration des parties reste souvent le seul moyen de justification pratiquement admissible : ainsi, pour « l'insuffisance » des biens libres et présents du débiteur, à laquelle l'article 2130 du Code civil français subordonne la validité (exceptionnelle) de l'hypothèque conventionnelle des biens à venir.

2. Application à la visite des enfants nouveau-nés, et à la constatation effective des décès, qui sont faites dans les villes par des médecins supplantant l'officier de l'état civil et qui manquent souvent tout à fait dans les campagnes.

3. Sur les jugements d'expédient, considérés comme des actes simulés, voy. notamment : R. Japiot, *Traité élémentaire de procédure civile et commerciale* (continuation de Bonfils et Beauchet), Paris, 1916, nos **543-548**, p. 371-375. *Adde :* p. 138, note 3 (no **172**).

plus nettement accusées [1]. Mais, au point de vue technique, ces fictions, qui présentent toutes un caractère plastique, dépendent essentiellement de la théorie des formes et restent dominées par elle. Je les mettrai donc à part ici, pour ne retenir que les fictions, qu'on a pu dénommer intellectuelles [2], et qui reposent sur une simple *altération de concept,* en vue d'un résultat de droit [3].

Je mettrai également à part certains emplois de l'idée de fiction, qui paraissent offrir peu d'intérêt pour sa théorie générale. Tels sont : *a*) les cas, dans lesquels la fiction désigne un simple procédé de calcul destiné à éclairer une opération de comptabilité juridique ; ainsi, dans la réunion fictive, à la masse des biens, existant au décès, de ceux, dont le *de cujus* a disposé gratuitement entre vifs, pour le calcul de sa quotité disponible, d'après l'article 922 du Code civil [4], ou dans celle que prévoit, pour la fixation des droits successoraux du conjoint survivant, l'article 767, alinéa 6, du Code civil, modifié par la loi du 9 mars 1891 [5]; *b*) les cas, où la fiction n'intervient que pour faire admettre une volonté, dont on n'est pas sûr, qui semble même parfois impossible à rencontrer, mais que des raisons d'utilité rendent nécessaire, cas que Savigny a dénommés : déclaration de volonté, fictive [6]; *c*) les cas encore, où la fiction

---

1. Comp. H. Duméril, dans *Revue générale du droit,* 1882, t. VI, p. 449-450, p. 535-536, p. 543-544 (*Les fictions juridiques.* Leur classification. Leurs origines). — *Contra* : L. Lecocq, *De la fiction comme procédé juridique,* thèse de doct. Droit, Paris, 1913-*1914,* p. 30-32.

2. Voy. H. Duméril, *op. cit.,* p. 450, p. 544.

3. Sur le passage historique des *fictions matérielles* aux *fictions intellectuelles,* voy. une observation intéressante d'E. Naquet, dans *Revue de l'enregistrement,* 1908, t. XVII, p. 151.

4. Comp. L. Lecocq, *De la fiction comme procédé juridique,* thèse de doct. Droit, Paris, 1913-*1914,* p. 30.

5. Il convient seulement d'observer, à ce sujet, qu'on doit se garder d'assimiler les résultats fictifs aux résultats réels. Ainsi, dans les opérations de liquidation de communauté, pour le règlement des récompenses.

6. F.-C. von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts,* Berlin,

permet de mieux assurer la réalisation de volontés demeurées quelque peu équivoques dans leur expression formelle ; ainsi, à propos de ce que SAVIGNY qualifie exécution fictive des conditions, dont nous trouvons encore un cas d'application en l'article 1178 du Code Napoléon [1].

242. — A la fiction de droit, telle qu'elle vient d'être spécifiée et précisée, on a prétendu reconnaître deux fonctions distinctes, qu'on a parfois désignées sous les noms de *fonction historique* et *fonction dogmatique* [2]. — Envisagée dans sa *fonction historique*, la fiction aurait spécialement servi à introduire en la vie sociale des règles de droit nouvelles. C'est ce dont témoigneraient notamment les fictions consacrées à Rome par le préteur. En présence d'une situation de fait, récemment surgie, ou venant requérir un règlement inédit, au lieu d'organiser de toutes pièces le précepte senti nécessaire, on feignait, en l'insérant parmi les règles antérieurement admises, une circonstance, qui permît de rattacher à celles-ci le cas

---

t. III, 1840, § **133**, p. 253-257. *Traité de droit romain*, trad. Ch. GUENOUX, 2e éd., t. III, Paris, 1856, § CXXXIII, p. 257-267. — Comp., là-dessus : R. LEONHARD, *Der Irrthum bei nichtigen Verträgen nach römischen Rechte*, t. I, Berlin, 1882, p. 209, p. 213-222 (§ **11**).

1. F.-C. von SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, Berlin, t. III, 1840, § **119**, p. 138-148. *Traité de droit romain*, trad. Ch. GUENOUX, 2e éd., t. III, Paris, 1856, § CXIX, p. 140-151.

2. Voy. notamment : J.-E. KUNTZE, *Die Obligation und die Singularsuccession des römischen und heutigen Rechts*, Leipzig, 1856, p. 88-89 (§ **22**). — R. von JHERING, *Geist des römischen Rechts*, dritter Theil, erste Abtheilung, 4 A., t. IV, Leipzig, 1888, p. 308 (§ **58**). *Esprit du droit romain*, trad. de MEULENAERE, 3e éd., t. IV, Paris, 1888, p. 299 (§ **68**). — BIERLING, dans *Encyklopädie der Rechtswissenschaft*, de F. von HOLTZENDORFF, Rechtslexikon, 3 A., Leipzig, 1880, t. I, v° Fictionen, p. 829. — A. GALLET, *Etude sur la fiction de rétroactivité dans le droit français*, thèse de doct. Droit, Poitiers, 1902-*1903*, p. 3-7. — GNAEUS FLAVIUS (H.-U. KANTOROWICZ), *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Heidelberg, E. Winter, p. 24. — *Contra* : G. DEMELIUS, *Die Rechtsfiktion in ihrer geschichtlichen und dogmatischen Bedeutung*, Weimar, 1858, p. 85-87 (§ **8**).

nouveau[1]. Sous cet aspect, la fiction se montrerait surtout procédé d'extension du droit existant; et, une fois ce rôle rempli, elle pourrait disparaître, sa fonction se trouvant épuisée. — En face de cette fonction historique, et, comme telle, temporaire, il faudrait reconnaître à la fiction une *fonction dogmatique,* de caractère permanent[2]. Par l'exercice de celle-ci, elle servirait à encadrer les solutions, qui s'y appuient, dans le système du droit positif, considéré comme un ensemble ferme. Grâce à la fiction, ce système acquerrait plus de cohérence et de consistance *théorique,* en même temps que se développeraient spontanément les résultats *pratiques* poursuivis[3]. Pareille fonction dogmatique se manifesterait au mieux dans le concept de la personnalité morale[4]. Elle dominerait, d'ailleurs, la plupart de nos fictions modernes et pourrait, en quelque mesure, garantir leur persistance, parmi les divers modes de la création juridique.

Assurément, la distinction, qui précède, ne manque pas de quelque vérité[5]. Mais, sous la forme trop aiguë, qu'on

1. Comp. H. Sumner MAINE, *L'ancien droit*, trad. J.-G. COURCELLE SENEUIL, Paris, 1874, p. 25-28. Comp. p. 30-41 (Chapitre II. Les fictions légales).

2. *Adde* là-dessus : E.-R. BIERLING, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe,* zweiter Theil, Gotha, 1883, p. 86 (§ **166**). — Et comp. W. WUNDT, *Logik,* III Band, 3 A., Stuttgart, 1908, p. 603-604.

3. Sur la prétendue distinction de fictions *pratiques* et fictions *théoriques,* voy. J. UNGER (Zur Lehre von der juristichen Person), dans *Kritische Ueberschau der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft,* 1859, t. VI, p. 166-167 et (*Die Verträge zum Gunsten Dritter*), dans *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts,* t. X, 1871, texte et note 12, p. 9-11. — Et, pour sa critique : R. von JHERING, *Geist des römischen Rechts,* dritter Theil, erste Abtheilung, 4 A., t. IV, Leipzig, 1888, note 422[a], p. 308-309 (§ **58**). — On a parlé aussi du rôle *dynamique* de la fiction de droit. Voy. R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé,* Paris, 1911, p. 243.

4. Sur le caractère de fiction, que je maintiens, en dépit des discussions récentes, à la personnalité morale, voy. ci-dessus, p. 368, texte et notes 1-5 (n° **241**). *Adde :* n° **224**, p. 212-228.

5. On a pu y rattacher, fort ingénieusement, tout un ensemble

lui a souvent donnée, elle traduirait une opposition, que je tiens pour inexacte. — En réalité, les fictions de droit ont toutes, plus ou moins, fonction historique, en même temps que fonction dogmatique[1]. Plus précisément, la fiction intervient, pour insérer, dans un système de concepts, étroit et rigide, des concepts nouveaux, qui ne coïncident pas exactement avec les premiers. Cela produit toujours extension ou modification du droit existant (fonction, dite historique, de la fiction). En même temps, le résultat s'opère par voie logique, non pas, comme certains l'ont dit, à titre de simple expédient terminologique[2], mais en déformant, par un effort d'intellect, les contours du concept primitif (fonction, dite dogmatique, de la fiction). Loin de s'opposer, les deux rôles se tiennent et se complètent; et, si le premier nous présente la cause occasionnelle et temporaire de la fiction, le second en révèle la raison fondamentale et durable. — Aussi bien, ne semble-t-il pas qu'on puisse, sur leur distinction, baser une classification féconde des fictions juridiques. Et, du point de vue critique, qui doit rester le nôtre, il suffit de considérer celles-ci en leur fonction dogmatique[3].

---

d'idées sur la valeur foncière de la fiction de droit. — Voy. L. LECOCQ, *De la fiction comme procédé juridique*, thèse de doct. Droit, Paris, 1913-*1914*, p. 219-221.

1. C'est ce qu'a bien indiqué F.-C. von SAVIGNY, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 3 A., Heidelberg, 1840, p. 32-33. Neudruck, Freiburg i. B., 1892, p. 19-20.

2. Voy., par exemple : G. DEMELIUS, *Die Rechtsfiktion*, Weimar, 1858, § **8**, *passim*, notamment, p. 79, p. 80-81, p. 84-85, p. 88. — J. UNGER Die Verträge zur Gunsten Dritter, dans *Jahrbücher für die Dogmatik*, t. X, 1871, note 12, p. 9-11. — *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, t. VI, Das österreichische Erbrecht, 3 A., Leipzig, 1879, § **7**, note 10, p. 35-36. — *Contra* : R. von JHERING, *Geist des romischen* [illegible] dritter Theil, erste Abtheilung, 4 A., t. IV, Leipzig, 1888, note 422a, *in fine*, p. 309 (§ **58**).

3. Voy. encore une autre classification, celle-ci toute superficielle, des fictions. [illegible] DUMÉRIL, Les fictions juridiques, leur classification, leurs origines, dans *Revue générale du droit*, 1882, t. VI, p. 448-453, p. 534-544. — A. GALLET, *Etude sur la fiction de rétroactivité*

243. — Que si nous voulons pénétrer, plus à fond, cette fonction des fictions juridiques, il est nécessaire de considérer de près les circonstances de leur application, pour leur demander le secret de la force créatrice qu'elles recèlent. — D'ailleurs, il ne peut s'agir, précisément, de savoir *pourquoi* le droit s'étend et se développe parfois, sous cette forme détournée, plutôt que par les voies franches et directes. Ce « *pourquoi* » me paraît, à vrai dire, insondable. Ou plutôt, on en a révélé tout ce qu'on en peut connaître, quand on a dit que le procédé des fictions est une conséquence de l'infirmité de notre esprit, impuissant à créer sans cesse des concepts parfaitement adéquats aux réalités et obligé, par suite, suivant le hasard des rencontres, à faire entrer les choses et les faits en des concepts préétablis, qui ne s'y adaptent pas exactement [1]. — Mais, étant donnée, comme un fait acquis, l'extension du droit par voie de fiction, on peut rechercher, de plus près, *comment* se produit cet effet. Et, si le nombre et la variété, infinis, des fictions juridiques, ne permettent pas d'espérer, là-dessus, des résultats complets et exhaustifs, du moins serait-il possible d'entrevoir, parmi les innombrables applications de la fiction, que nous présente encore le droit moderne, plusieurs considérations générales, tirées du jeu même de leur action, qui en facilitent une sorte de classement, d'après la façon dont elles réalisent, plus spécialement, leur but commun.

Je signalerai, d'abord, — sans y insister, en raison de leur importance minime, — les fictions, n'intervenant que pour donner satisfaction à une théorie périmée, qui pourtant a laissé, dans le droit actuel, des vestiges assez notables, pour qu'il semble nécessaire de lui conserver

---

dans le droit français, thèse de doct. Droit, Poitiers, 1902-*1903*, sépare la fiction, considérée comme formule de disposition législative, et la fiction, considérée comme formule d'exposition scientifique.

1. Voy. ci-dessus, p. 360-362 et p. 365-366 (n° **240**).

une place. Faute de pouvoir la considérer encore comme une réalité, on en formera une fiction, qui soutiendra certaines solutions, mais ne s'imposera pas dans toutes ses conséquences logiques, faisant ainsi la part de la tradition, sans entraver le développement moderne de l'institution. — Telle est la fiction de la propriété du mari sur la dot de la femme mariée sous le régime dotal [1], qui a paru nécessaire à certains auteurs, pour expliquer plusieurs solutions du Code civil [2], et dont la jurisprudence n'a pas été sans faire usage, à son tour, dans sa construction si originale touchant la condition de la dot mobilière [3]. Telle encore la fiction du mari « seigneur et maître de la communauté », largement atteinte par les dispositions de la loi et par maintes décisions judiciaires passées en coutume, qui, toutefois, peut, seule, donner son sens plein à notre conception traditionnelle du régime de la communauté entre époux [4].

Un grand nombre de fictions tendent simplement, en élargissant leurs conditions et restreignant, par suite, « la compréhension » du concept qui les représente, à accroître « l'extension » de catégories juridiques préexistantes. — Ainsi, la naturalisation étend la catégorie de la nationalité, fondée primitivement sur l'origine (*jus soli* ou *jus sanguinis*) [5]. De même, en présence de notre division capi-

---

1. Sur laquelle, voy. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel,* tome I, première partie, livre I, titre IX, section I, n° **4** (éd. de HÉRICOURT, Paris, 1777, p. 82). — Comp. déjà : JUSTINIANUS, C. *De jure dotium,* V, 12, C. 30.

2. Cons. TROPLONG, *Du contrat de mariage,* t. IV, Paris, 1850, n°s **3098-3104**. — Comp. *De la prescription,* 3e éd., t. II, Paris, 1838, n°s **483** et **880**.

3. Voy. notamment : Civ. rej., 1er février 1819, *Sir. chron.,* C. N., VI. I. 16. — Civ. cass., 2 janvier 1837, *Sirey,* 37. 1. 97. — Civ. rej., 12 août 1846, *Sirey,* 46. 1. 602.

4. Cons. AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français,* § **505**, texte et notes 3 et 4 et § **509**, n°s 1-3, cinquième édition E. BARTIN, t. VIII, Paris, 1916, p. 3-6, p. 82-110.

5. Pour la critique de la fiction de naturalisation, voy. L. LECOCQ,

tale des biens en meubles et immeubles, avec tous les intérêts essentiels qui s'y rattachent, on étendra la catégorie des immeubles, au moyen de l'immobilisation par destination (art. 524-525 C. civ. franç.) ou de la déclaration du propriétaire autorisée de la loi (L. 16 janvier 1808, art. 7; — L. 17 mai 1834, art. 5); en sens inverse, on admettra, qu'en certaines conditions, des fractions d'immeubles soient considérées comme meubles par anticipation [1]. D'une autre façon, et pour faire jouer, suivant la volonté des intéressés, la communauté entre époux, dont le type normal reste basé sur la distinction des meubles et des immeubles, nous aurons les fictions inverses de la réalisation et de l'ameublissement [2], comme autrefois on connaissait les propres fictifs en opposition aux propres réels [3]. — Et la subrogation réelle, qu'est-elle autre chose qu'une fiction permettant d'étendre, au delà de leur consistance originaire, les qualités juridiques inhérentes à certains biens [4]? Enfin, si nous considérons que le sujet

De la fiction comme procédé juridique, thèse de doct. Droit, Paris, 1913-*1914,* p. 141-143. — Le caractère fictif de la naturalisation explique, sans peine, qu'une législation récente ait pu organiser librement, en France, le retrait de la naturalisation (L. 7 avril 1915 et L. 18 juin 1917).

1. Cons. M. Chauveau, *Des meubles par anticipation,* dans *Revue critique de législation et de jurisprudence,* 1893, 42ieme année, N. S., t. XXII, p. 573-616. L'auteur oppose cette catégorie de meubles à l'ancienne fiction des « cateux » : p. 574-576. Mais il est clair qu'il y a bien aussi quelque chose de fictif dans la conception moderne. — Comp. Rennes, 17 mars 1892, et passage d'un rapport, à la Cour de cassation, cité avant cet arrêt, dans *Pand. pér.,* 1892. 2. 145.

2. Comp. Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence,* v° Fiction cbn. vis Ameublissement et Réalisation.

3. Cons. Pothier, *Coutumes d'Orléans.* Introduction générale aux coutumes, chapitres III, art. IV, nos **84-98**. — *Traité des propres,* sections II-IV. — Comp. *Traité de la communauté,* n° **106**. — Et, pour la critique de toutes ces fictions, relatives à la nature juridique des biens, voy. L. Lecocq, *De la fiction comme procédé juridique,* thèse de doct. Droit, Paris, p. 146-158.

4. Comp. A. Henry, *De la subrogation réelle conventionnelle et légale,* thèse de doct. Droit, Nancy, 1912-*1913,* qui écarte l'idée de fiction,

de droit a son type, naturel et premier, dans l'être humain individuel ou personne physique, la personnalité morale nous offrira l'extension de cette catégorie, par le moyen d'un concept assimilant à l'individu certaines œuvres (fondations) ou certains groupements (associations) [1]. Et la même catégorie du sujet de droit, qui *naturellement* demande un être existant, s'étendra encore *fictivement*, par la vertu de la règle *infans conceptus pro nato habetur* [2], qu'une fiction plus raffinée peut même appliquer aux personnes morales [3], ou, inversement peut-être, dans certaine conception de l'hérédité jacente (*hereditas personam defuncti sustinet*) [4], comme aussi grâce à la survie de la

---

telle qu'il la conçoit (Ci-dessus, p. 368, texte et notes 1-2 [n° **241**]). Voy. notamment p. 2, p. 24, p. 25-29, p. 95-104, p. 377-395. — Rappr. H. CAPITANT, *Essai sur la subrogation réelle,* dans *Revue trimestrielle de droit civil,* 1919, t. XVIII, p. 385-416.

1. Sur le caractère de fiction, que je maintiens à la personnalité morale, voy. ci-dessus, p. 368, texte et notes 1-5 (n° **241**). — *Adde* n° **224**, p. 212-228.

2. Pour la critique de cette fiction, voy. L. LECOCQ, *De la fiction comme procédé juridique,* thèse de doct. Droit, Paris, 1913-*1914*, p. 85-88. — Le Code civil suisse, du 10 décembre 1907, a supprimé très simplement ici toute idée de fiction dans son article 31, ainsi libellé : « La personnalité commence avec la naissance accomplie de l'enfant vivant; elle finit par la mort. — L'enfant conçu jouit des droits civils, à la condition qu'il naisse vivant. »

3. Voy., par exemple, pour les fondations, le § 84 du Code civil allemand de 1896 (traduction du Comité de législation étrangère, avec la note, t. I, Paris, Imprimerie Nationale, 1904, p. 69-70). — Et, comp. la jurisprudence du Conseil d'Etat français, en faveur des établissements, *reconnus après* l'ouverture de la libéralité à eux adressée par testament, d'après *Répertoire de droit administratif,* de BÉQUET, v° Dons et legs (Th. TISSIER), n°s **80-86** et les références. — H. LÉVY-ULLMANN et P. GRUNEBAUM-BALLIN (*Essai sur les fondations par testament*), dans *Revue trimestrielle de droit civil,* 1904, t. III, p. 276-281.

4. Sur l'inutilité de cette conception, dans notre droit actuel, voy. M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil,* 8e éd., t. I, Paris, 1920, n° **371**, p. 139-140. — Comp. A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français,* t. I, 1re éd., Paris, 1914, p. 695-696; 3e éd., 1921, p. 108. — *Adde :* L. LECOCQ, *op. cit.,* p. 121-124.

personnalité morale des sociétés, admise dans la mesure des besoins de leur liquidation [1].

En d'autres cas, la fiction, portant plutôt sur les effets que sur les conditions de la règle de droit, aboutit à accroître la portée pratique des catégories, dont elle amplifie les conséquences. — Par exemple, le concept de la continuation de la personne du défunt par ses héritiers donne une étendue singulière aux effets de la vocation héréditaire : il est possible, qu'en une certaine phase de l'histoire du droit, ce concept ait paru représenter adéquatement la réalité; aujourd'hui, nous n'y pouvons voir qu'une fiction. — Semblablement, la représentation par autrui dans les actes juridiques en général [2], la représentation de la famille par un légitime contradicteur dans les questions d'état [3], si on l'admet, se présentent à nous, comme élargissant visiblement la portée de l'action volontaire des personnes dans le domaine du droit, au moyen du concept qui transporte au représenté l'effet des agissements du représentant, contrairement à la réalité naturelle des choses. — Et j'en dirais autant, de l'effet déclaratif du partage ou de la transaction [4], de la rétroactivité reconnue à la condition, aux nullités, etc. [5], voire de la représentation en matière de succession.

---

1. Sur cette fiction et son extension possible, voy. E. Naquet, note, sous Civ. cass., 24 octobre 1910, *Sirey*, 12. 1. 193. — *Adde :* L. Lecocq, *De la fiction comme procédé juridique*, thèse de doct. Droit, Paris, 1913-*1914*, p. 124-126. — L. Lacour et J. Bouteron, *Précis de droit commercial*, 2e éd., t. I, Paris, 1921, nos **347-348**, p. 207-209.

2. Sur la formation historique de ce concept, voy. notamment : M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 8e éd., t. I, Paris, 1920, no **300**, p. 109-111. — Voy. aussi : S. Schlossmann, *Die Lehre von der Stellvertretung, insbesondere bei obligatorischen Verträgen*, erster Theil : Kritik der herrschenden Lehren, Leipzig, 1900, p. 211-213 (§ **19**).

3. Cons. M. Planiol, *op. cit.*, 8e éd., t. I, no **441**, p. 159-160.

4. Voy. pourtant : M. Desserteaux, *Essai d'une théorie générale de l'effet déclaratif en droit civil français*, thèse de doct. Droit, Dijon, *1908*-1909, notamment nos **188-189**, p. 405-407. — Mais comp. ci-dessus, p. 368, note 5 [p. 369] (no **241**).

5. Comp. ci-dessus, p. 368, texte et notes 1-2 (no **241**).

Mais, parfois, il advient que la fiction de droit excède le cadre restreint, où nous l'avons observée jusqu'ici, et que, utilisant, à titre d'appui, une catégorie préalablement établie, elle arrive à constituer une catégorie nouvelle. — C'est ce qui apparaît notamment dans l'adoption[1], la légitimation[2], la mort civile[3], le domicile, la séparation des patrimoines[4], la subrogation personnelle à la suite de paiement fait pour autrui[5], et dans maintes hypothèses, où la fiction originaire s'est bien vite muée en une véritable institution juridique. — Récemment encore, on a pu relever une transformation de ce genre, dans la convention collective de travail, qui, par la voie des fictions d'adhésion aujourd'hui légalement consacrées (art. 31 *k-l* et *r*, du livre I du Code du travail, d'après la loi du 25 mars 1919, art. 1), a évolué du « contrat » au « statut »[6].

Nous rencontrons aussi des fictions, de caractère purement doctrinal, qui ne servent qu'à expliquer une solution donnée et qui peuvent, en même temps, permettre d'en préciser la portée. — C'est ainsi que les jurisconsultes

---

1. Pour la critique de la fiction attachée à l'adoption, voy. L. Lecocq, *De la fiction comme procédé juridique,* thèse de doct. Droit, Paris, 1913-*1914,* p. 133-141.

2. Comp. L. Lecocq, *De la fiction comme procédé juridique,* thèse de doct. Droit, Paris, 1913-*1914,* p. 143-146.

3. Pour la critique de cette fiction, voy. L. Lecocq, *De la fiction comme procédé juridique,* thèse de doct. Droit, Paris, 1913-*1914,* p. 127-133.

4. Pour la critique de cette fiction *prétendue* (?), voy. L. Lecocq, *De la fiction comme procédé juridique,* thèse de doct. Droit, Paris, 1913-*1914,* p. 112-120.

5. Beaucoup d'auteurs n'hésitent pas à y voir une fiction. Cons., entre autres : Aubry et Rau, *Cours de droit civil français,* § **321,** *initio,* 5e éd., t. IV, Paris, 1902, p. 277. — *Contra :* L. Lecocq, *De la fiction comme procédé juridique,* thèse de doct. Droit, Paris, 1913-*1914,* p. 48-54.

6. Ce mouvement d'idées a été judicieusement observé et très finement décrit par P. Louis-Lucas, *Les conventions collectives de travail,* dans *Revue trimestrielle de droit civil,* 1919, t. XVIII, p. 65-83, notamment p. 76-78, p. 83. — Rappr. R. Morel, *ibid.,* p. 417-467 : *Les conventions collectives de travail et la loi du 25 mars 1919 (passim).*

romains fondaient la *querela inofficiosi testamenti* sur une fiction d'aliénation mentale chez le testateur, négligent de ses devoirs envers ses proches[1], et la traitaient, par suite, comme devant normalement aboutir à la nullité totale du testament inofficieux[2]. Dans un ordre d'idées plus large, H. Sumner MAINE a mis en relief cette fiction du droit anglais, suivant laquelle, le droit étant censé tout entier promulgué, les juges, même par leurs décisions les plus hardies, ne feraient qu'en dégager les règles, et il a pu rapprocher, non sans bonheur, de cette singulière conception, le système romain des *Responsa prudentium*[3]. — Même, en notre droit français actuel, il est plus d'une solution, positivement donnée par les textes, dont on ne pense pouvoir trouver la pleine raison d'être et circonscrire exactement l'application, qu'au moyen d'une fiction, qui éclaire la pensée, quelque peu énigmatique, du législateur. Sans parler de la règle « Nul n'est censé ignorer la loi »[4], employée couramment pour justifier le caractère universellement obligatoire des préceptes légaux (art. 1er C. civ. franç.), je rappellerai, entre autres, la décision initiale de l'article 314 du Code civil (légitimité, en principe, de l'enfant né dans les cent quatre-vingt premiers jours du

---

1. MARCIANUS, Dig., *De inofficioso testamento*, V, 2, fr. 2 : « Hoc colore inofficioso testamento agitur, quasi non sanæ mentis fuerunt, ut testamentum ordinarent. Et hoc dicitur non quasi vere furiosus vel demens testatus sit, sed recte quidem fecit testamentum, sed non ex officio pietatis : nam si vere furiosus esset vel demens, nullum est testamentum. »

2. Du moins à l'origine et en dehors de cas particuliers, où l'on s'est écarté du principe. — Voy. P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 6e éd., Paris, 1918, p. 875. *Adde :* p. 879, texte et notes 5 et 6 [p. 879-880].

3. Cons. H. Sumner MAINE, *L'ancien droit*, trad. J.-G. COURCELLE SENEUIL, Paris, 1874, p. 30-33 et p. 33-41 (chapitre II, Les fictions légales). — *Adde : Etudes sur l'histoire du droit*, Paris, 1889, p. 369-370, p. 406-407 (Le droit romain et l'éducation juridique).

4. Voy. G. DEREUX, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1907, t. VI, p. 513-514, p. 528-529.

mariage), qui n'a paru se pouvoir expliquer que par une « fiction de légitimation », à moins que, grâce à une conception plus hardie, on n'y voie même une « fiction de légitimité originaire », ce qui ne laisse pas d'entraîner des déductions différentes, susceptibles, suivant le cas, d'influer gravement sur la portée d'application du texte[1]. — On sait, aussi, que la règle de l'article 1446, alinéa 2, du Code civil français, déterminant les droits des créanciers personnels de la femme commune, au cas de faillite ou de déconfiture du mari, a été justifiée par une « fiction de séparation de biens », qui, seule, permet d'assigner une portée précise à cette disposition elliptique[2]. Certains auteurs font également intervenir la fiction, pour rendre raison des textes (art. 1496; art. 1516; art. 1525, al. 2; art. 1527, al. 3), qui, sauf à l'égard d'enfants d'un premier lit, traitent comme des actes à titre onéreux les conventions de mariage[3]. — D'autre part encore, il faut bien savoir reconnaître une fiction dans le prétendu gage tacite, sur lequel on fonde habituellement le privilège du bailleur[4]. Et, à une certaine

1. Cons. notamment : G. Baudry-Lacantinerie, M. Chauveau et G. Chéneaux, *Des personnes*, 3e éd., t. IV, Paris, 1907, nos **519-520**, p. 442-453.

2. Voy., entre autres : Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, § **516**, texte et note 3, 5e éd., E. Bartin, t. VIII, Paris, 1916, p. 510. — G. Baudry-Lacantinerie, J. Le Courtois et F. Surville, *Du contrat de mariage*, 3e éd., t. III, Paris, 1906, no **898**, p. 33-37; comp. nos **896-897**, p. 30-33 et nos **899-901**, p. 37-41. — Rapp. Bordeaux, 31 décembre 1889, *Sirey*, 91. 2. 228 — Il résulte de cette fiction, que les créanciers n'ont pas à respecter la jouissance de la communauté et peuvent exercer leurs droits sur la pleine propriété des biens de la femme L. Lecocq, *De la fiction comme procédé juridique*, thèse de doct. Droit, Paris, 1913-*1914*, p. 161. — Comp. le même, p. 158-162, pour la critique de cette fiction prétendue.

3. Voy., par exemple : F. Laurent, *Principes de droit civil français*, t. XXIII, no **350**; comp. no **408**. — G. Baudry-Lacantinerie, J. Le Courtois et F. Surville, *Du contrat de mariage*, 3e éd., t. II, Paris, 1906, no **1451**, p. 948-950. *Adde* : p. 954-956 (no **1454**). — Comp., sous Nancy, 25 février 1891 : M. Planiol, note dans D. P., 91. 2. 353 et 354; — G. Bourcart, note dans *Sirey*, 1892. 2, p. 65. *Adde* : p. 66-68.

4. Comp. Ch. Beudant, *Les sûretés personnelles et réelles*, t. I, Paris,

époque, du moins, la Cour de cassation n'a pensé pouvoir admettre la déchéance du successible, resté silencieux pendant trente ans depuis l'ouverture de la succession, au profit des héritiers ayant pris possessiondes biens héréditaires en temps utile, par application des articles 789 et 777 du Code civil français combinés, que moyennant une fiction légale de rétroactivité, faisant remonter la possession au jour de l'ouverture de la succession et complétant ainsi, par une prescription acquisitive de l'hérédité, les effets de la prescription extinctive des droits du successible négligent[1]. — C'est également une fiction, — la fiction d'un prétendu mandat légal, donnant aux syndics d'une faillite la qualité de représentants du failli, en dépit même de l'opposition de celui-ci, — qui a permis à la jurisprudence, entrant dans une ère nouvelle, qu'elle devait suivre encore plus avant, de commencer à battre en brèche l'insaisissabilité absolue des rentes sur l'État français, telle qu'avaient entendu l'établir les lois de la période directoriale (L. 8 nivôse an VI, art. 4; L. 22 floréal an VII, art. 7)[2].

Enfin, on pourrait remarquer que certaines fictions jouent purement un rôle de simplification technique,

---

A. Rousseau, 1900, p. 376 (n° **431**, *in fine*). — A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, 2e éd., Paris, Dalloz, 1920, p. 803, p. 813.

1. Voy. notamment : Req. rej., 29 janvier 1862, *Sirey*, 62. 1. 338 et la note. — Contre cette conception ancienne des arrêts, voy notamment : C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XIV, n° **312** — M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 7e éd., t. III, Paris, 1918, n° **1975**, p. 427. — A. Wahl, note (II-V), sous Cass., Naples, 28 décembre 1903, *Sirey*, 1907. 4, p. 9-11.

2. Voy. surtout : Civ. rej., 8 mars 1859, *Sirey*, 60. 1. 418, avec la note G. Dutruc, p. 418, col. 2. — Amiens, 16 janvier 1894, *Sirey*, 94. 2. 236. — *Adde*, outre le résumé de la jurisprudence antérieure sous ce dernier arrêt, *loc. cit.* : Civ. rej., 2 juillet 1894 et Req. rej., 16 juillet 1894, *Sirey*, 95. 1. 5 et note Ch. Lyon-Caen. — Civ. cass., 23 novembre 1897, *Sirey*, 98. 1. 161 et note Ch. Lyon-Caen. — Riom, 15 mai 1899, *Sirey*, 1900. 2. 244. — Req. rej., 18 février 1901, *Sirey*, 1901. 1. 191. — Trib. civ. Seine, 9 novembre 1910, *Sirey*, 1912. 2. 219.

permettant d'obtenir un résultat de droit précis par un artifice de pensée, qui traduit directement et presque naïvement la solution jugée utile. — Ainsi, l'article 588 du Code civil français, pour échapper à une ventilation difficile, assimile à de véritables fruits les arrérages d'une rente viagère, qu'il laisse totalement à l'usufruitier. Et l'on n'a pu voir que le résultat d'une fiction légale dans la disposition de l'article 13, alinéa 3, de la loi du 15 juin 1872 (modifiée par la L. 8 février 1902), qui, pour limiter les effets de l'opposition formée en cas de dépossession involontaire de titres au porteur, répute accomplie la négociation de ces titres dès le moment, où aura été opérée sur les livres des agents de change l'inscription des numéros des titres, vendus pour compte du donneur d'ordre et livrés par lui[1]. — Que si nous excédions le domaine du droit privé, nous rangerions, parmi les fictions du même genre, la réglementation administrative de l'heure légale (L. 9 juin et Décr. 10 juin 1916; L. 19 mars 1917 et Décr. 20 mars 1917; Décr. 9 février 1919; L. 6 février 1920), comme aussi les blocus fictifs, les états de siège fictifs, voire quelques dispositions pénales qui ont parfois étendu, par voie d'assimilation fictive, le champ des infractions punissables[2].

---

1. Voy. Civ. cass., 1er mai 1911, *Sirey*, 1913. 1. 161.

2. Voy., par exemple, à propos d'un cas réputé désertion à l'ennemi : J.-A. Roux, note sous Conseil de guerre de la 68e division, dans *Sirey*, 1916. 2. 9; et, à propos de la responsabilité pénale, du fait d'autrui : J.-A. Roux, note sous Crim. cass., 15 juin et 28 juin 1917, *Sirey*, 1920. 1. 329. — On pourrait signaler aussi, en droit constitutionnel, la fiction, naïvement étalée par l'article 7 de la loi du 27 ventôse an III, qui, après avoir dit : « Les traités ne sont valables qu'après avoir été examinés, ratifiés et confirmés par la Convention nationale sur le rapport du Comité de salut public », ajoutait : « Néanmoins les conditions arrêtées dans les engagements secrets reçoivent leur exécution *comme si elles avaient été ratifiées*. » Comp. J. Barthélemy (*La démocratie et le secret diplomatique*), dans *Revue politique et parlementaire*, 10 novembre 1916, t. LXXXIX, p. 169. — Enfin, je citerai encore la *fiction légale de priorité*, attachée au

Je ne me dissimule pas la valeur, essentiellement relative, de la classification qui précède. Les compartiments, qui la composent, se spécifient par des caractères peu profonds et restent insuffisamment distingués les uns des autres. D'autre part, elle est loin de contenir toutes les applications du procédé. En définitive, son utilité se borne à laisser entrevoir les emplois, nombreux et variés, de la fiction de droit.

Sous cette multiplicité d'aspects, apparaît la notion commune d'un concept, qui s'écarte délibérément d'une représentation des choses, s'offrant comme naturelle, pour obtenir, grâce à cette illusion voulue de l'esprit, certain résultat de droit[1]. Ce n'est pas seulement, comme l'ont pensé quelques-uns, affaire de terminologie[2]; mais, la terminologie aidant, c'est le résultat d'un effort conscient de l'intellect[3].

En même temps, nous apercevons bien, comme la fiction diffère de la présomption, même de la présomption *juris et de jure*, avec laquelle on a parfois voulu la confondre[4].

---

dépôt d'une demande de brevet d'invention, d'un modèle d'utilité, d'un dessin ou modèle industriel, d'une marque de fabrique ou de commerce, dans l'un des pays adhérents à l'*Union internationale pour la protection de la propriété industrielle*, à l'égard d'un dépôt ultérieurement opéré dans l'un des autres pays de l'Union (Convention d'Union de Paris du 20 mars 1883, revisée à Bruxelles le 14 décembre 1900 et à Washington le 2 juin 1911, art. 4; et, là-dessus : G. Bry, *La propriété industrielle, littéraire et artistique*, Paris, 1914, nos **283-289**, p. 240-245; nos **575-578**, p. 478-480. Comp. p. 155-156 (no **185**).

1. Comp. une distinction ingénieuse des fictions, tenues pour des dérogations (sous diverses formes) au concept de causalité, dans L. Lecocq, *De la fiction comme procédé juridique*, thèse de doct. Droit, Paris, 1913-*1914*, p. 33.

2. Voy. ci-dessus, p. 377, texte et note 2, avec les références (no **242**).

3. Voy. ci-dessus, p. 367-371 (no **241**), p. 377 (no **242**), p. 378 (no **243**).

4. Voy. les auteurs anciens cités par J. Unger, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, 4 A., t. II, Leipzig, 1876, § **130**, note 19, qui, d'ailleurs, écarte cette assimilation. — *Adde* même : F.-C. von Savigny, *System des heutigen römisehen Rechts*, B. III, Berlin,

— La présomption, basée sur la vraisemblance et ne visant qu'à suppléer la preuve sur un point de fait incertain, répond aux tendances de la logique naturelle et n'aboutit qu'à une probabilité, qui laisse poser la question de preuve contraire, celle-ci fût-elle exclue en fait pour assurer la fixité de certaines situations juridiques [1]. La fiction va beaucoup plus loin : en présence de l'impossibilité reconnue, de donner satisfaction aux besoins du droit, en ramenant les probabilités à des certitudes, elle dépasse le domaine de la preuve et dénature sciemment les réalités, qui sont à la base des règles, de façon à exclure *a priori* toute possibilité d'une preuve contraire, dont la conception même se trouverait repoussée par l'essence de la fiction [2]. — Aussi bien, faut-il admettre plus volontiers la présomption que la fiction, et s'en contenter toutes les fois qu'il est possible, dût-on se montrer rigoureux, jusqu'à l'exclusion complète, pour la preuve contraire, comme dans le cas de la règle : « *pater is est quem nuptiæ demonstrant* » [3] ou pour la force attachée à la chose jugée [4]. Mais, quand les éléments de toute probabilité viennent à manquer, la présomption, quelle qu'elle soit, se montre manifestement impuissante. Dès lors, elle fait place à la fiction, supérieure à la *possi-*

1840, § **133** (*a*), p. 253. *Traité de droit romain,* trad. Ch. Guenoux, 2e éd., t. III, Paris, 1856, § cxxxiii, texte et note (*a*), p. 257. — Comp. ci-dessus, p. 299, note 3 (n° **234**) et ci-après, p. 384, texte et note 4, p. 390, texte et note 1 (n° **243**). — Voy. encore J.-A. Roux, note sous Crim. cass., 15 et 28 juin 1917, *Sirey,* 1920, 1. 329, qui paraît bien identifier *présomption légale* et *fiction.*

1. Voy. ci-dessus, chapitre septième (XXI) pr. et section i, notamment nos **232-234**, p. 277-313 et nos **236-239**, p. 334-360.

2. Comp. ci-dessus, nos **228-229**, p. 259-264 et p. 360 (n° **240**).

3. *Contra : Vocabulaire technique et critique de la philosophie,* dans *Bulletin de la Société française de philosophie,* t. VI, Paris, 1906, p. 304, col. 2. v° Fiction, A. Fiction légale, qui met cette règle au nombre des fictions légales.

4. Voy. pourtant : Bülow (*Absolute Rechtskraft des Urtheils*), dans *Archiv für die civilistische Praxis,* 1894, t. LXXXIII, N. F. t. XXXIII, p. 61-62, texte et notes, principalement notes 65 et 66.

bilité même d'une preuve contraire. Et, c'est de cette façon seulement, qu'on peut, par exemple, expliquer pleinement la règle : « *Nul n'est censé ignorer la loi* »[1].

Si la fiction se rapproche ainsi, par sa configuration extérieure, de la présomption de droit, dont elle excède délibérément la portée, ses caractères internes la placent plus près encore de « l'extension par analogie », qui en constitue un perfectionnement rationnel[2]. — Dans les deux cas,

---

1. Comp., à cet égard, G. DEREUX, *Étude critique de l'adage « Nul n'est censé ignorer la loi »*, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1907, t. VI, p. 513-514. Bien que l'auteur voie manifestement dans cet adage une fiction (voy. notamment p. 513, p. 516-517, p. 527, p. 528, p. 531, p. 536, p. 537, p. 544, p. 545, p. 552, p. 553-554), il lui a échappé parfois de le présenter comme une présomption irréfragable (p. 514-515, p. 523; comp. p. 534). — En ce dernier sens, voy. L. LECOCQ, *De la fiction comme procédé juridique*, thèse de doct. Droit, Paris, 1913-*1914*, p. 29-30.

2. Voy. surtout, là-dessus : R. von JHERING, *Geist des römischen Rechts*, dritter Theil, erste Abtheilung, 4 A., t. IV, Leipzig, 1888, p. 310, p. 303, texte et note 418, p. 307 (§ **58**). Comp. erster Theil, 5 A., t. I, Leipzig, 1891, p. 32-33, texte et note 6 (§ **3**); zweiter Theil, zweite Abtheilung, 4. A., t. III, Leipzig, 1883, p. 341-343 (§ **39**). *Esprit du droit romain*, trad. de MEULENAERE, 3e éd., t. IV, Paris, 1888, p. 301, p. 294, texte et note 465, p. 297 (§ **68**). Comp. t. I, Paris, 1886, p. 33, texte et note 11 (§ **3**); t. III, Paris, 1887, p. 34-36 (§ **44**). — Voy. encore le même (*Unsere Aufgabe*), dans *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Rechts*, t. I, Jena, 1857, p. 8, p. 14-16. *Notre programme*, trad. de MEULENAERE, *Mélanges*, Paris, 1902, p. 9, p. 14-15. — GNAEUS FLAVIUS (H.-U. KANTOROWICZ), *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Heidelberg, C. Winter, 1906, p. 24. — Th. STERNBERG, *Einführung in die Rechtswissenschaft* (2 A.). I. Methoden und Quellenlehre, Leipzig, Göschen, 1912, p. 126-127 (§ **10**, n° 4, *in fine*). — L. BRÜTT, *Die Kunst der Rechtsanwendung*, Berlin, J. Guttentag, 1907, p. 158 (§ **10**). — *Adde* : Fr. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899, n^os^ **107-108**, p. 264-276; n^os^ **165-166**, p. 497-507; 2e éd., 1919, t. I, p. 304-316, t. II, p. 117-130. — *Science et technique en droit privé positif*, t. I, Paris, 1914, p. 157-158 (n^os^ **53-54**). — Comp. aussi : P. VANDER EYCKEN, *Méthode positive de l'interprétation juridique*, Bruxelles et Paris, 1907, n^os^ **243-250**, p. 406-412. Cet auteur distingue de l'*extension analogique*, l'*analogie*, sur laquelle voy. encore, *ibid.*, n^os^ **179-191**, p. 302-322 (l'argument d'analogie). — R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, 1911, p. 239, texte et note 3.

fiction et extension analogique, nous voyons une règle de droit nouvelle se greffer sur un tronc ancien. Mais, tandis que la fiction atteint ce résultat au moyen d'une dénaturation des choses, provenant d'un effort arbitraire de l'esprit, et qui risque par là même de trahir le but poursuivi, l'extension analogique se fonde sur une analyse, sérieusement raisonnée, de situations voisines, pour rattacher à une règle, préalablement établie, un autre précepte présentant les mêmes caractères essentiels [1]. Mieux encore. Le stade de l'analogie sera dépassé, si l'esprit parvient à s'élever au concept dominant les situations envisagées, de façon à placer la solution identique, qu'elles comportent, sous l'égide d'une seule et même idée, qui embrasse, à la fois, la règle ancienne et la règle nouvelle [2]. — Mais, parce que la faiblesse de notre entendement réduit nos concepts à des types limités, que même le raisonnement analogique implique certaine finesse réfléchie, dont s'accommodent mal parfois les exigences pressantes du progrès juridique, il reste constant que la fiction s'est montrée à nous avec une place encore importante dans la création et le développement du droit positif à l'heure présente.

II

244. — Reste à savoir, pourtant, quelle est sa valeur foncière, d'où se dégageront les conditions et les limites de son efficacité pratique.

Il ne paraît guère douteux que, dans les législations, de caractère conservateur et attachées au principe de l'éco-

---

1. La comparaison des deux procédés (malheureusement envisagée dans une application un peu étroite : adaptation de la méthode civiliste au droit public) est bien présentée et poussée assez loin par W. Wundt, *Logik*, III Band, 3 A., Stuttgart, 1908, p. 600-607.

2. Voy. encore là-dessus : W. Wundt, *Logik*, III Band, 3 A., Stuttgart, 1908, p. 600-602. — Comp. R. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, 1911, p. 245.

nomie des moyens juridiques, la fiction ait rendu des services précieux, en acclimatant certaines institutions ou règles, qui se seraient difficilement introduites par voie directe[1]. — C'est ce que SAVIGNY avait marqué, d'un trait net, en ce qui touche le développement du droit romain[2]. DEMELIUS l'a établi, un peu longuement, par des exemples empruntés surtout au droit sacré, au droit public, à la procédure[3]. R. von JHERING a synthétisé le procédé, dont il a fait l'une des branches les plus ingénieuses de l'art juridique de Rome[4]. Le même témoignage ressortirait de l'histoire du droit anglais, comme l'a laissé entrevoir H. Sumner MAINE[5]. Et, peut-être, sera-t-on tenté de dire, qu'il y a eu, de ce chef, justification expérimentale de l'utilité des fictions. — Toutefois, rien ne prouve absolument qu'on n'aurait pas pu s'en passer. En tout cas, cet emploi transitoire du procédé (correspondant à ce qu'on a appelé sa fonction historique) n'offre plus grand intérêt aujourd'hui, où nous avons plus de latitude et moins de scrupules,

1. Rappr. R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, 1911, p. 238-239.

2. F.-C. von SAVIGNY, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 3e éd., 1840, p. 32-33; 4e éd., Freiburg i. B., 1892, p. 20 : « Ensteht eine neue Rechtsform, so wird dieselbe unmittelbar an eine alte, bestehende angeknüpft, und ihr so die Bestimmtheit und Ausbildung derselben zugewendet. Dieses ist der Begriff der Fiction, für die Entwicklung des Römischen Rechts höchst wichtig und von den Neueren oft lächerlich verkannt.... Und indem auf diese Weise das juristische Denken von der gröszten Einfachheit zur mannichfaltigsten Ausbildung ganz stetig und ohne äuszere Störung oder Unterbrechung fortschritt, wurden den Römischen Juristen auch in der spätern Zeit die vollendete Herrschaft über ihren Stoff möglich, die wir an ihnen bewundern. »

3. G. DEMELIUS, *Die Rechtsfiktion in ihrer geschichtlichen und dogmatischen Bedeutung*, Weimar, 1858, §§ **1-7**, p. 1-75.

4. R. von JHERING, *Geist des römischen Rechts*, dritter Theil, erste Abtheilung, 4 A., t. IV, Leipzig, 1888, p. 310-311 (§ **58**). *Esprit du droit romain*, trad. de MEULENAERE, 3e éd., t. IV, Paris, 1888, p. 292-301 (§ **68**).

5. Voy. notamment : H. Sumner MAINE, *L'ancien droit*, trad. COURCELLE SENEUIL, Paris, 1894, p. 25-41 (chap. II, Les fictions légales).

pour introduire directement, dans notre droit positif, les réformes et les nouveautés, dont apparaît le besoin. — Les fictions de droit ne resteraient-elles pas, à l'heure actuelle, un procédé vieilli, ayant fait son temps, qu'il conviendrait d'écarter, pour l'avenir, comme on a fait les incantations ou la sorcellerie, en dépit du profit qu'on en ait pu tirer jadis[1] ?

Il convient donc de poser la question sur un terrain plus ferme, en envisageant le rôle permanent de la fiction (correspondant plutôt à sa fonction dite dogmatique), pour rechercher ce qu'on en devrait retenir à l'heure actuelle[2]. — Là-dessus, semble subsister un débat très vif entre les jurisconsultes, soucieux d'une philosophie critique du Droit, si même on fait abstraction de l'opinion, autrefois dominante, qui, voyant dans la fiction de droit un phénomène quelque peu extraordinaire, se montrait délibérément hostile à son développement[3]. — Les premiers auteurs modernes, qui aient su dégager la modestie de son rôle et la simplicité de son jeu, ont été, par là même, incités à reconnaître, qu'elle méritait d'être conservée, comme un instrument, encore indispensable parfois, de l'évolution juridique. Cette solution ressort déjà, à l'état de conclusion implicite, de l'étude de DEMELIUS[4]. Elle est bien mise en

---

1. Comp. P. HUVELIN, *Les tablettes magiques et le droit romain* (extrait des *Annales internationales d'histoire*), Mâcon, 1901.

2. Comp. R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, 1911, p. 238, p. 241, p. 242. — *Adde* encore : Th. STERNBERG, *Einführung in die Rechtswissenschaft* (2 A), I, Methoden und Quellenlehre, Leipzig, Göschen, 1912, p. 126-127 (§ **10**, nº 4, *in fine*).

3. Là-dessus, voy. G. DEMELIUS, *Die Rechtsfiktion in ihrer geschichtlichen und dogmatischen Bedeutung*, Weimar, 1858, p. 83, note 1 (§ **8**). — Et, contre la fiction, qu'il critique, de son point de vue utilitaire, cons. surtout : J. BENTHAM, *Principes de législation*, chapitre XIII. Exemples des fausses manières de raisonner en matière de législation. 6. *Fiction n'est pas raison*, dans : *Œuvres de Jérémie Bentham, jurisconsulte anglais*, 3ᵉ éd., Bruxelles, 1840, t. I, p. 41-42. *Adde :* p. 45-48.

4. Voy. notamment : G. DEMELIUS, *Die Rechtsfiktion*, Weimar, 1858, § **8**, p. 75-96.

relief, quoique toujours sur le terrain historique, par les explications pittoresques de v. JHERING[1]. Elle est confirmée, d'un point de vue plus nettement dogmatique, par UNGER[2], par WINDSCHEID[3], et par BIERLING, qui cherche, en même temps, à fixer certaines limites à l'application légitime des fictions[4]. — En sens contraire, on peut signaler une attaque assez sérieuse de BÜLOW, qui, parti du domaine, un peu étroit, de la procédure, arrive à critiquer tout emploi des fictions juridiques[5]. La même conclusion, basée sur la considération minutieuse du problème de la représentation successorale, est fournie par une étude de J. KOHLER[6],

---

1. R. von JHERING, *Geist des römischen Rechts*, dritter Theil, erste Abtheilung, 4 A., t. IV, Leipzig, 1888, p. 305-306 : « Aber immer besser, dasz sie (die Wissenschaft) mit Krücken *geht*, als *ohne* Krücken *ausgleitet* oder sich nicht aus der *Stelle* bewegt. » (§ **58**). *Esprit du droit romain*, trad. de MEULENAERE, 3e éd., t. IV, Paris, 1888, p. 296-297 (§ **68**).

2. J. UNGER, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, 3, A., t. VI, Leipzig, 1879 (Das österreichische Erbrecht), § **7**, note 10, p. 35-36 ; — et (*Die Verträge zur Gunsten Dritter*), dans *Jahrbücher für die Dogmatik*, t. X, 1871, p. 9-11, note 12. — *Adde* encore : (*Zur Lehre von der juristischen Person*), dans *Kritische Ueberschau der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenchaft*, 1859, t. VI, p. 166-171.

3. B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9 A., Th. KIPP, t. I, Frankfurt a M., 1906, § **67**, texte et note 5, p. 307-308.

4. E. R. BIERLING, dans *Encyklopädie der Rechtswissenschaft*, de F. von HOLTZENDORFF, II Theil, *Rechtslexikon*, 3 A., Leipzig, t. I, 1880, v° Fiktionen, p. 829-830. — *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, II Theil, Gotha, 1883, § **166**, p. 85-91. — *Juristische Prinzipienlehre*, t. I, Freiburg i. B. und Leipzig, 1894, § **5**, n° 10, p. 101-104 et § **13**, n° 7, p. 220-223.

5. BÜLOW, *Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten*, dans *Archiv für die civilistische Praxis*, 1879, t. 62, p. 1-96, notamment p. 3-11, p. 49-59. — *Adde* : (*Dispositives Civilproreszrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung*), dans *Archiv für die civilistische Praxis*, 1881, t. 64, p. 29, note 19 (p. 29-31) et encore (*Absolute Rechtskraft des Urtheils*), dans *Archiv für die civilistische Praxis*, 1894, t. 83, p. 61-62, principalement notes 65 et 66.

6. J. KOHLER, *Zwei Studien über das sogenannte Repräsentationsrecht. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von den Fictionen*, dans *Gesammelte Abhandlungen aus dem gemeinen und französischen Civilrecht*, Mannheim, 1883, p. 367-421.

que confirment, sous ce rapport, quelques-uns de ses autres travaux [1]. Reprenant le problème, d'un point de vue plus philosophique que juridique, WUNDT entoure l'usage légitime des fictions, dans le droit, de tant de restrictions et l'assujettit à des réserves telles, que sa discussion aboutit à peu près à une condamnation [2]. — STAMMLER, à son tour, ramène la question sur le terrain du droit positif, pour maintenir la valeur relative, mais sérieuse, de la fiction dans le droit de l'heure actuelle [3]. Et ce renouveau de faveur, pour notre procédé, a trouvé encore un complément et une généralisation, dans la philosophie du « comme si » de VAIHINGER [4].

Les auteurs français, qui ont examiné le problème, nous offriraient une division de sentiments analogue. — Établis en vue d'un progrès, quelque peu idéal, du droit positif, P. GUYOT [5] et R. de la GRASSERIE [6], sont délibérément hostiles à la fiction. La considérant plus près des réalités, au milieu desquelles elle surgit, DUMÉRIL [7] a mieux su en distinguer

---

1. J. KOHLER, dans *Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, N. F., t. II, p. 355 et suiv. — J. KOHLER (*Tecknik der Gesetzgebung*), dans *Archiv für die civilistische Praxis*, 1905, t. 96, p. 362, p. 364-365, p. 371.

2. W. WUNDT, *Logik*, 3 A., III B., Stuttgart, 1908, p. 600-607. — Voy., plus nettement, contre les fictions de droit : G. O. MEUMANN, *Prolegomena zu einem System des Vermögenrechts*, erste Abtheilung, Breslau, 1903, I, § 4, p. 15-23. — GNAEUS FLAVIUS (H.-U. KANTOROWICZ), *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Heidelberg, C. Winter, 1906, p. 24-25, qui voit dans la fiction une « analogie dégénérée ». — L. BRÜTT, *Die Kunst der Rechtsanwendung*, Berlin, J. Guttentag, 1907, p. 158 (§ 10).

3. R. STAMMLER, *Theorie der Rechtswissenschaft*, Halle a. d. S., 1911, p. 328-333.

4. H. VAIHINGER, *Die Philosophie des Als ob*, 3 A., Berlin, 1913. — *Adde* : C. SCHMIDT, *Juristische Fiktionen*, dans *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1913, t. XVIII, p. 804-806.

5. P. GUYOT, *L'idée de fiction*, dans *Revue générale du droit*, 1908, t. XXXII, p. 416-421.

6. R. de la GRASSERIE, *Les principes sociologiques du droit civil*, Paris, 1906, p. 403-405 : Mouvement de la réalité à la fiction.

7. H. DUMÉRIL (*Les fictions juridiques*), dans *Revue générale du droit*, 1882, t. VI, p. 540-543.

les mérites. Et, une étude approfondie du procédé a conduit DEMOGUE [1], à la suite de SALEILLES [2], à lui laisser une place importante, parmi les moyens, même modernes, de l'élaboration du droit. Pourtant, les travaux récents, qui ont tenté la critique des fictions les plus connues du droit civil, restent pénétrés, à leur égard, d'une défiance nettement avouée [3].

245. — Au milieu de ce lacis de vues contradictoires et peu cohérentes [4], nous ne pouvons nous frayer quelques directions utiles, que par le moyen de distinctions précises et grâce à une analyse serrée des aspects divers du problème.

Tout d'abord, il nous semble certain que, tant qu'il s'agit de découvrir le « donné » et d'en faire l'objet d'une élaboration strictement scientifique [5], la fiction reste peu recommandable. Tout au plus, la peut-on tolérer dans le

---

1. R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé,* Paris, 1911, deuxième partie, I, chapitre v, Les fictions, p. 238-251.

2. R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, Paris, 1910, vingt-quatrième leçon, p. 603-625. — *Adde,* du même auteur : (Droit civil et droit comparé), dans *Revue internationale de l'enseignement,* 1911-1°, t. LXI, p. 20-24.

3. Voy. ci-après, p. 403 et s., *passim* (n° **246**). — Il faut surtout relever ici : L. LECOCQ, *De la fiction comme procédé juridique,* thèse de doct. Droit, Paris, 1913-*1914,* où l'on trouve très poussée la critique des fictions de droit. — Voy. aussi A. GALLET, *Etude sur la fiction de rétroactivité dans le droit français,* thèse de doct. Droit, Poitiers, 1902-*1903,* notamment Conclusion, p. 175-177.

4. Tout récemment, des considérations, extrêmement intéressantes et favorables au rôle, utile (voire nécessaire), de la fiction juridique, ont été présentées par P. de TOURTOULON, *Principes philosophiques de l'histoire du droit,* Paris et Lausanne, Payot, 1908-1919, p. 448-462. *Adde :* p. 363-368.

5. Comp. Fr. GENY, *Science et technique en droit privé positif,* t. II, Paris, 1915. Seconde partie. Elaboration scientifique du droit positif, surtout chapitre premier (VI), nos **69-71**, p. 4-20; chapitre neuvième (XIV), nos **160-177**, p. 351-422. — Voy., aussi, même ouvrage, t. I, Paris, 1914. Première partie. Position actuelle du problème et éléments de sa solution, chapitre quatrième, nos **35-56**, p. 101-164.

langage, comme une métaphore parfois inévitable. Mais, puisqu'elle a pour caractéristique d'altérer la vérité des choses, elle ne saurait prétendre en représenter des concepts adéquats, suivant le but primordial de cette investigation. La logique serait ici mal venue à déformer le réel.

Il faut donc, pour en pouvoir discuter sérieusement la valeur, envisager la fiction comme instrument de la technique du droit positif [1]. A titre de moyen artificiel en vue d'un but, qui n'est autre que le développement général du droit suivant sa fin propre, comment apprécierons nous ce procédé de l'esprit, qui méconnaît la nature, qui prend le contre-pied de la réalité [2]?

Une distinction paraît encore utile, pour spécifier le point délicat à résoudre. Sous la notion très générale, que nous en avons proposée, la fiction peut, en certains cas, faire fonction d'une simple forme de langage, jouer purement le rôle d'instrument terminologique ou phraséologique. Dans ces conditions, son emploi sera justifié, pourvu seulement qu'elle réponde aux exigences générales de la linguistique du droit [3]. Ces exigences sont assez larges, pour admettre la fiction parmi des formes d'expression de la pensée, qui, dépendant de ressources mystérieuses et fixées par des usages infiniment variés, ne peuvent pas être ramenées à des types préfixés et immuables.

Mais, le plus souvent, et dans toute la plénitude de sa nature propre, la fiction est autre chose et davantage qu'une forme de langage. Elle implique un acte spécifique de l'intelligence, un concept, qui, à la fois, dénature la réalité et prétend pourtant la régir. C'est sous cet aspect,

---

1. Comp. R. Stammler, *Theorie der Rechtswissenschaft,* Halle a. d. S., 1911, p. 330-331.

2. Voy. encore une indication, à ce sujet, dans R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques,* thèse de doct. Droit, Dijon, 1908-*1909*, p. 273.

3. Voy. ci-après, chapitre huitième (XXII), nos **254-260**.

qu'il nous faut maintenant la considérer, pour rechercher ce qu'elle vaut, comme instrument technique, non seulement, de la langue, mais de la pensée elle-même.

Or, à cet égard, une idée ne peut manquer de nous frapper. L'usage des fictions, en jurisprudence, comme en maint autre domaine de l'action humaine, tient à l'infirmité de notre esprit, en vue de la formation de concepts nouveaux, pleinement adéquats aux réalités à représenter[1]. Du moment que cette infirmité est naturelle, inéluctable, comment irions-nous, de gaieté de cœur, nous priver d'un procédé nécessaire pour y remédier en quelque mesure ? Évidemment, nous devons tendre à une souplesse plus grande de notre faculté de concevoir. Mais, nous ne pouvons, en pareille matière, atteindre d'un coup la perfection; et, que gagnerions-nous à vouloir forcer nos talents, en excédant les bornes des possibilités, qui circonscrivent nos efforts? — Dès lors, si nous voulons progresser, avec tous nos moyens, tels qu'ils sont, force est bien de conserver la fiction, sauf à en éviter les exagérations et les abus. Libre à nous d'entrevoir, de préparer même, son abolition, par un effort plus intense vers l'appréhension, directe, totale, enveloppante, des réalités par l'esprit[2]. Mais, en attendant la réalisation, — indéfiniment éloignée et toujours partielle, — de semblable idéal, il faut nous accommoder d'un procédé, que justifient suffisamment les services par lui rendus. — Il importe seulement de savoir reconnaître, en même temps, qu'elle dépasse parfois la mesure légitime de sa puissance, en poussant la déforma-

---

1. Comp. ci-dessus, p. 360-362, p. 364-366 (n° **240**); p. 367-368 (n° **241**); p. 378, p. 388-391 (n° **243**).

2. Voy., en ce sens, une tentative intéressante de G. Morin (*L'individualisme de la Révolution française et du Code civil et la structure nouvelle de la vie économique.* — II. L'insuffisance de la technique individualiste du Code civil et la nécessité de nouvelles formules juridiques), dans *Revue de métaphysique et de morale,* 1917, t. XXIV, p. 558-566. — Comp. ci-dessus, p. 211, texte et note 5 (n° **223**, *in fine*).

tion du réel au delà des besoins suggérés par la vie, pour conclure que la constante considération de ces besoins nous assurera un sage et judicieux emploi de la fiction juridique.

246. — Ces idées générales ne se peuvent justifier et confirmer qu'en se précisant. Elles ne se préciseront, que si nous envisageons, de plus près, quelques cas particuliers de fictions juridiques, en recherchant, au sujet de chacun d'eux, comment s'explique l'intervention du procédé et jusqu'à quel point il semble rester légitime.

Obligé de faire un choix, forcément arbitraire, entre les nombreuses fictions, qui intéressent particulièrement le droit civil, je soumettrai successivement à l'examen : α) le domicile ; β) l'immobilisation par destination ; γ) la représentation d'autrui dans les actes juridiques ; δ) la continuation de la personne du défunt par ses héritiers ; ε) l'effet déclaratif du partage ; ζ) la représentation successorale.

α. L'institution juridique du *domicile* consiste essentiellement à assigner à toute personne une situation, offrant quelque permanence, et qui implique, en vertu d'une supposition factice, la constance de sa présence, en un lieu déterminé, personnellement ou par représentant. L'utilité en est évidente. Il importe, en effet, que chacun ait un centre fixe d'intérêts, où l'on soit assuré de le pouvoir toucher (assignations et autres exploits), où se puissent également régler les affaires le concernant, qui requièrent unité et homogénéité d'action juridique (compétence des tribunaux; mariage, adoption, émancipation, publications concernant l'état civil ; ouverture de succession, de tutelle, de faillite). — Or, comment arriver au résultat voulu, sans dénaturer quelque peu les faits, puisqu'il est avéré que les individus se déplacent ou se peuvent déplacer sans cesse? Les rattachât-on à un lieu déterminé une fois pour toutes, comme le lieu de leur naissance (*origo*), — qui se trouverait assez mal choisi, d'ailleurs, pour mille raisons pratiques,

— ce serait plus fictivement encore qu'on les y réputerait fixés. — Il a paru plus judicieux de déterminer, en général, le domicile par le « principal établissement » des personnes, offrant, en lui-même, une unité et une permanence suffisantes, sauf à admettre quelques exceptions, qui, pour des motifs variables, renforcent encore la fiction dont il s'agit (domicile de droit), sauf aussi à laisser place, pour certaines applications spéciales, à l'autonomie des volontés privées (domicile d'élection). — Et, sans doute, la fiction, qui est à la base de cette théorie, peut conduire à des conséquences excessives, surtout quand la loi s'avise de baser le domicile sur des indices fragiles et équivoques (comme dans certains cas de domicile de droit [art. 107 et 109 C. civ. franç.])[1]. Mais, c'est qu'elle dépasse alors la mesure de la nécessité pratique qui en constitue la vraie justification.

β. Toute législation, arrivée à un certain stade de développement, soumet les biens à des règles différentes, suivant leur nature, et qui donnent lieu à une division capitale des choses, considérées comme objets des droits patrimoniaux[2]. Ainsi se présente, dans notre droit, la division des biens en meubles et immeubles, division qu'on a pu critiquer, du point de vue de l'économie moderne, qui pourtant, répondant à des besoins d'ordre essentiels, semble encore devoir, moyennant quelques assouplissements, rester à la base de notre organisation juridique. — Cette distinction une fois posée, il apparaît que certaines règles, édictées à l'endroit des immeubles, devront, pour des motifs d'utilité, être étendues à des meubles, que leur destination rattache étroitement à un immeuble principal, et qu'il importe de soumettre au même sort, si l'on veut sau-

1. Comp. A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, Paris, Dalloz, 3e éd., t. I, 1921, p. 424. — *Adde* : p. 422, notes 1 et 2, p. 426, p. 427.

2. Cons. notamment : H. Sumner Maine, *Études sur l'ancien droit et la coutume primitive*, Paris, 1884, chapitre X, Classification des biens, p. 454-488.

vegarder l'intégrité économique des exploitations. Mais, plutôt que de rompre, pour ce motif, le cadre précieux de la distinction, on s'est avisé d'y insérer une sorte de variante, en réputant immeubles les meubles affectés, suivant certaines conditions, à la mise en valeur d'un immeuble par nature appartenant au même propriétaire (art. 524-525 C. civ. franç.). — De là, la fiction de l'*immobilisation par destination*, qui atteint aisément les résultats désirables et se trouve prémunie, contre la plupart des conséquences excessives de son application, par ce fait, que tout détachement régulier des biens, ainsi immobilisés, les ramène à leur nature primitive de meubles et empêche la fiction de survivre à sa raison d'être essentielle [1]. Que si, pourtant, elle aboutit trop souvent à augmenter sans raison suffisante les droits fiscaux, occasionnés par des opérations immobilières (notamment vente d'un fonds garni

1. On a dit, qu'on pouvait aisément se passer de cette fiction « peut-être la création la plus inutile du droit moderne » ?, en décidant que les accessoires mobiliers d'un fonds, destinés à son exploitation, ne pourraient en être séparés sans la volonté du propriétaire, lorsque le fonds et les accessoires appartiennent à la même personne (M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 8e éd., t. I, Paris, 1920, p. 673 (nº **2213**). — Mais, supposons que celui, qui a hypothéqué son immeuble, garni des objets destinés à l'exploitation, aliène ces derniers, soit sans les détacher, soit en les livrant à un acquéreur de mauvaise foi. Si, dans ces conditions, on maintient, sur les objets, dont il s'agit, le droit des créanciers hypothécaires, ce n'est qu'en vertu de la fiction de l'immobilisation combinée avec l'article 2133 du Code civil français (Cons. notamment : Paris, 22 mai 1868, *Sirey*, 68. 2. 253. — Douai, 16 décembre 1886, D. P., 88. 2. 43. — Req. rej., 21 novembre 1894, D. P., 95. 1. 277. — G. BAUDRY-LACANTINERIE et P. de LOYNES, *Des privilèges et hypothèques*, 3e éd., t. III, Paris, 1906, nos **1949** et **2006**, p. 217-218, p. 269. — M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 8e éd., t. II, Paris, 1921, nº **3181**, p. 956. — Comp. Req. rej., 24 mai 1909, *Sirey*, 11. 1. 9. — La même fiction permet aussi de laisser subsister le droit de préférence des créanciers hypothécaires sur le prix de ces objets vendus et livrés à un acquéreur de bonne foi (Civ. rej., 31 janvier 1870, D. P., 70. 1. 117. — Caen, 21 juillet 1874, D. P., 76. 2. 57). — G. BAUDRY-LACANTINERIE et P. de LOYNES, *op. cit.*, t. III, p. 218 (nº **1949**).

de ses instruments d'exploitation)[1], la cause de pareil abus tient manifestement à un débordement accidentel de la fiction, contre lequel, d'ailleurs, il est relativement aisé de se garer.

γ. Suivant la conception, que nous suggère une vue ingénue des choses, chacun n'est lié, dans la vie juridique, que par les actes qu'il accomplit personnellement. Et l'on sait que les Romains s'en sont tenus longtemps à ce principe, n'admettant que des moyens indirects, et souvent compliqués, pour qu'une personne pût faire passer sur la tête d'une autre les résultats juridiques des opérations par elle entreprises pour le compte de celle-ci[2]. — La pratique a bientôt révélé les lacunes, les insuffisances et les gênes de pareil système. Il a paru qu'il convenait de reconnaître directement, moyennant certaines conditions volontaires ou légales, la faculté de faire naître, dans la personne d'un tiers, les droits créés par la volonté d'un contractant, qui devînt ainsi étranger à ses propres actes. — Il suffisait, dira-t-on, pour y parvenir, de renverser le principe initial[3]. Qui ne voit, pourtant, que c'est là précisément déformer la réalité, et que, si on prétendait le faire brutalement et par voie d'autorité, on risquerait d'ébranler la notion d'individualité, qui demeure un fondement nécessaire de toute notre conception du Droit? On ne peut échapper à la difficulté, qu'en acceptant ici la fiction de la *représentation par autrui,* dont on écartera les excès, en la soumettant aux circonstances et conditions nécessaires.

1. Voy. notamment : M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil,* 8e éd., t. I, 1920, p. 673 (no **2214**). — A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil,* 3e éd., t. I, Paris, 1921, p. 682.

2. Cons. J.-E. Labbé. *De la représentation.* Appendice IX au livre troisième de *La législation romaine* de J. Ortolan, 12e édition, t. III, Paris, 1883, p. 865-883.

3. Comp. L. Lecocq, *De la fiction comme procédé juridique,* thèse de doct. Droit, Paris, 1913-*1914*, p. 54-62, qui tente, vainement, à mon avis, et en dépit des références dont il s'étaie, de dénier tout caractère fictif à la représentation pour autrui dans les actes juridiques.

Les fictions, qui précèdent, cantonnées à des domaines bien définis, et faciles à limiter dans leur portée, correspondent à un type simple, qui diffère peu de la règle de droit franchement posée. Il convient, maintenant, d'envisager des applications, plus raffinées, du procédé, et qui peuvent mieux en montrer l'importance, en même temps qu'en faire apparaître les dangers.

δ. Pour assurer la continuité des situations juridiques, menacée par la rupture qu'occasionne nécessairement la mort, et préciser le principe, mal déterminé en soi, de la succession après décès, les Romains ont accepté cette fiction, passée en quelque mesure jusqu'à nous, que l'héritier (du moins *pleno jure*) *continue la personne* du défunt[1]. C'était manifestement déformer la réalité, qui, en dépit des similitudes dues à l'effet des traditions familiales, nous montre la personne de l'héritier nettement distincte de celle de son auteur et permet seulement d'admettre une absorption du patrimoine de ce dernier par le patrimoine qui le recueille, répondant beaucoup plus exactement au concept de « transmission *per universitatem* ». — Si la fiction s'est introduite, c'est qu'elle a paru nécessaire pour réaliser certains effets, que ne donnait pas l'idée de transmission universelle, parce qu'ils tiennent plus à la personne même, considérée comme directement revêtue de toutes ses qualités juridiques, qu'au patrimoine qui ne constitue pour elle qu'une armature pécuniaire. Et, même aujourd'hui, l'idée de *continuation de la personne du défunt* justifie, seule, suffisamment, de la part de ses héritiers,

1. Justinianus, dans Nov. 48, pr. : « ... cum utique nostris videtur legibus unam quodammodo esse personam heredis et ejus qui in eum transmittit hereditatem... » — Voy. notamment : C. Accarias, *Précis de droit romain*, 4e éd., Paris, 1886, t. I, p. 835-837 (n° **318**). — Ed. Cuq, *Les institutions juridiques des Romains*, t. I, 1re éd., Paris, 1891, p. 279-280; 2e éd., 1904, p. 122-123, p. 257-258; t. II, Paris, 1902 et 1908, p. 575, p. 577; — *Manuel des institutions juridiques des Romains*, Paris, 1917, p. 677-679.

l'exercice de certains droits, de nature morale, comme celui de défendre la mémoire du décédé contre la diffamation[1], ou d'assurer, par delà sa mort, l'exécution des volontés étrangères à l'usage strict de sa fortune[2]. — Mais, ici encore, la fiction, suivie jusqu'au bout de sa logique, conduirait à des résultats inacceptables. On n'a jamais songé, ce semble, à l'étendre aux relations de famille, ni aux droits politiques, ni même au nom qui marque l'individualité du défunt[3]. C'eût été, sous le couvert de contradictions irréductibles, bouleverser tout ce côté de l'organisation juridique. Et, quand on l'a appliquée aux obligations du défunt, pour conclure que l'héritier en serait tenu *ultra vires,* il a fallu limiter cette conséquence par l'institution du bénéfice d'inventaire, que certains trouvent encore insuffisante pour sauvegarder le crédit de l'héritier[4]. — Finalement, si cette fiction a pu faciliter l'acquisition de certaines solutions précieuses, il semble que, dépassant, par la force de l'idée qu'elle contient, la mesure des besoins de la vie sociale, et tendant à limiter l'indépendance des

1. Voy., toutefois, art. 34 L. 29 juillet 1881. — Cons. Crim. rej., 27 mai 1881, *Sirey,* 83. 1. 41 et la note d'E. Villey. — Rappelons aussi, du point de vue positif, l'art. 727-3º C. civ. franç.

2. Sur ce point, trop négligé à mon sens, dans la question, voy. quelques indications chez Fr. Geny, *Des droits sur les lettres missives,* Paris, 1911, t. I, p. 232-233 (nº **89**); p. 340 (nº **134**); p. 381 (nº **152**); t. II, nºs **247-249**, p. 259-262. — *Adde :* E.-H. Perreau (*Des droits de la personnalité*), dans *Revue trimestrielle de droit civil,* 1909, t. VIII, p. 526-530.

3. C'est ce qu'observe fort justement C. Accarias, *Précis de droit romain,* 4e éd., t. I, Paris, 1886, p. 838, note 4 (nº **318**).

4. Comp. C. Accarias, *op. cit.*, t. I, p. 837, note 1 (nº **318**). — Cons., à cet égard, les études et discussions, relatives au *Règlement du passif héréditaire,* publiées dans *Bulletin de la Société d'études législatives,* années 1910, t. IX; 1911, t. X; 1912, t. XI (Quest. 21); notamment : J. Percerou, t. IX, 1910, p. 240-241, p. 283. — A. Colin, t. X, 1911, p. 30-32. — R. Saleilles, t. IX, 1910, p. 296-325 ; t. X, 1911, p. 26, p. 51-52, p. 56-102. — J. van Biervliet, t. XI, 1912, p. 205-222. — *Adde* encore : R. Saleilles (*Droit civil et droit comparé*), dans *Revue internationale de l'enseignement,* 1911-1º, t. XI, p. 20-22.

vivants au profit des morts, elle ne se soutienne plus que par la vertu d'une tradition caduque et n'attende, pour être supplantée, qu'un concept moins accentué, complétant simplement la notion, un peu maigre, de la transmission à titre universel, au moyen d'une idée, qui procure la permanence légitime du passé, sans entraver le libre développement de l'avenir[1].

ε. Des objections, du même ordre, bien que moins accentuées jusqu'alors, ont pu être proposées contre *l'effet déclaratif du partage,* que l'article 883 du Code civil français nous présente sous l'aspect d'une fiction. — Sans doute, serait-il tout à fait téméraire de prétendre, que ce caractère lui ait appartenu de tout temps; plus encore, qu'il soit inhérent à son essence propre. Mais il reste certain, qu'aux yeux de celui, qui considère ingénument la réalité, telle que la révèle l'analyse juridique la plus simple, et sur la base des principes solidement dégagés par le droit romain, l'acte, qui substitue, au régime juridique de l'indivision (si provisoire qu'on le veuille prendre, en lui-même), celui de plusieurs propriétés distinctes et divises, opère, par sa nature, un véritable déplacement de droits; de telle sorte qu'on ne puisse y voir la déclaration d'un état de choses préétabli, qu'en altérant, de parti pris,

1. Voy. notamment : J. PERCEROU (*La liquidation du passif héréditaire en droit français*), dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1905, t. IV, p. 537-582 et les travaux de R. SALEILLES, signalés à la note qui précède. — *Adde :* O. JALLU, *Essai critique sur la continuation de la personne considérée comme principe des transmissions à titre universel,* thèse de doct. Droit, Paris, 1901-*1902*. — P. CAZELLES, *De l'idée de la continuation de la personne comme principe des transmissions universelles*, thèse de doct. Droit, Paris, 1904-*1905*. — En un sens différent : A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français,* t. III, 2e éd., Paris, 1921, p. 589-591 ; comp. p. 585-589, qui proposent « l'idée de la solidarité familiale », p. 591. — Comp. encore, sur cette représentation du défunt par l'héritier, envisagée au point de vue de la critique de l'idée de fiction : L. LECOCQ, *De la fiction comme procédé juridique,* thèse de doct. Droit, Paris, 1913-*1914*, p. 62-70.

son concept normal, ce qui nous représente exactement les éléments de la fiction de droit. Tel a été, assurément, le point de vue des rédacteurs du Code Napoléon, suivant ici, sans hésitations ni scrupules, une doctrine fortement accréditée chez les auteurs et les praticiens de la fin de notre ancien droit [1]. — Que si l'on remonte à la raison d'être de cette doctrine, on découvre que, dans l'ordre des intérêts civils du moins (et réserve faite des considérations féodales ou fiscales), elle tendait essentiellement à maintenir une exacte égalité de droits entre les copartageants, en prémunissant chacun d'eux contre les dispositions de biens indivis tentées par les autres durant l'indivision, et à assurer la stabilité efficace des partages contre des recours ou causes d'annulation susceptibles d'en ébranler les résultats. La conception, du caractère déclaratif ou de la rétroactivité, a paru, à un moment donné, pouvoir, seule, justifier les effets pratiques, ainsi visés, et les faire entrer harmonieusement, sans troubler les idées acquises, dans un système de droit considéré comme intangible. Il est clair, pourtant, que, par la généralité de ses termes, cette conception dépassait manifestement le but et risquait, grâce à l'entraînement logique inhérent aux concepts abstraits, d'apporter avec elle bien d'autres conséquences, qui pouvaient, suivant les cas, apparaître, tantôt favorables, tantôt défavorables, au juste équilibre des intérêts en présence.

L'événement n'a pas manqué. Et, soit qu'on ait eu à préciser à l'égard de quelles personnes a lieu l'effet déclaratif (notamment : conjoint d'un copartageant, pour la mise en œuvre du régime matrimonial ; — tiers opposant la prescription d'un bien partagé, après indivision entre mineur et majeur), soit qu'on ait voulu déterminer les

---

1. Comp. E. Naquet (*De la fiction de l'effet déclaratif du partage et de ses conséquences*), dans *Revue de l'enregistrement*, 1908, t. XVII, p. 149-150 (art. **4502**).

actes auxquels il s'applique (exemple : cession de droits successifs), les indivisions qu'il régit (exemple : communautés, sociétés), ou les biens qui y sont soumis (exemple : créances, prix de licitation), mille controverses ont surgi, d'autant plus difficiles à résoudre sur ce terrain, qu'on était mal fixé quant au mérite intrinsèque de la fiction, la plupart tendant à la restreindre[1], quelques-uns pourtant se montrant disposés à l'étendre. — Tout compte fait, on en arrive à se demander, si cette fiction de l'effet déclaratif du partage n'a pas épuisé aujourd'hui toute son utilité temporaire, de telle sorte qu'il y ait lieu de s'en défaire. Les uns proposent de régir les effets du partage par le principe des droits conditionnels, substituant ainsi à la fiction exprimée par l'article 883 une conception moins anormale, bien qu'encore quelque peu fictive, appuyée d'ailleurs à certains précédents de la tradition et susceptible, ce semble, d'expliquer mieux le plus grand nombre des résultats désirables[2]. D'autres conserveraient l'effet déclaratif, dégagé de toute idée de fiction, en y voyant directement une règle positive, inspirée par une utilité précise et qu'on pourrait aisément délimiter sur les bases concrètes de cette utilité même[3]. D'autres encore, rebutés par toutes les complications issues des principes de l'indivision romaine, n'y verraient de remède efficace, qu'en un changement de front décisif, qui, se rattachant aux tradi-

1. Voy., notamment : A. Gallet, *Étude sur la fiction de rétroactivité dans le droit français*, thèse de doct. Droit, Poitiers, 1902-1903, première partie, chap. II, p. 15-63.

2. Voy., par exemple : M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 7e éd., t. III, Paris, 1918, nos 2378-2379, p. 558. — *Contra* : A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, 2e éd., t. III, Paris, 1921, p. 501-502.

3. Voy. notamment, *in parte qua* : M. Desserteaux, *Essai d'une théorie générale de l'effet déclaratif en droit civil français*, thèse de doct. Droit, Dijon, 1908-1909 (où se trouve admirablement exposé l'ensemble de la théorie) : notamment p. xviii, p. xx, p. 109, p. 125-126, p. 128, p. 163-164, p. 173, p. 178, note 1, p. 190, p. 277, note 1, p. 278-407, p. 441-495.

tions germaniques, donnerait un caractère organique aux propriétés communes et aboutirait, en tout cas, à interdire absolument les dispositions individuelles consenties, pendant l'indivision, sur des objets indivis[1].

Il est un cas où le procédé de la fiction légale s'est montré plus évident encore : celui de la représentation successorale, d'après la définition de l'article 739 du Code Napoléon. — Sans doute, on a pu dire très justement, à ce sujet, que le législateur n'avait pas besoin de fiction pour imposer sa volonté[2]. Il reste certain, néanmoins, qu'il a entendu user ici de ce moyen, puisqu'il l'exprime aussi formellement qu'il soit possible. Et, l'on s'explique aisément le point de vue de la loi française, si l'on considère que, dans son système, qui fait de la distinction des ordres et des degrés le pivot de la dévolution des successions *ab intestat,* la proximité du degré doit, en principe, constituer, dans chaque ordre, une raison absolue de préférence. Ce point admis, dès qu'un successible se rencontre au degré le plus proche, il exclut, par là même, les successibles plus éloignés en degré. Si, donc, il paraît équitable, pour faire prévaloir les liens les plus profonds de la famille sur le hasard des circonstances, qui viendraient en modifier l'enchaînement normal, de remédier parfois à une exclusion aussi brutale, sans altérer l'essence même du système, ne suffit-il pas de considérer que, dans les conditions prévues, les successibles plus éloignés, prenant la place de celui qui manque en rang utile, montent à son degré et le représentent dans ses droits successoraux? —

1. Comp. notamment Code civil allemand de 1896, § 2040. — Code civil suisse du 10 décembre 1907, art. 602, § 2, art. 648, § 2, art. 653, §§ 2 et 3. — Et voy. A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français,* 2e éd., t. III, Paris, 1921, p. 501-502. — Voy. aussi loi française du 31 décembre 1910. — *Adde :* L. Lecocq, *De la fiction comme procédé juridique,* thèse de doct. Droit, Paris, 1913-*1914,* p. 79-85.

2. Voy. notamment : C.-B.-M. Toullier, *Le droit civil français,* 6e éd., J.-B. Duvergier, t. II, Paris, n° **189**, p. 112-113.

Or, étant donné le point de départ, pareil résultat se présente aisément sous l'aspect d'une fiction, puisqu'il contredit ce qui passe, à tort ou à raison, pour la nature des choses[1]. Telle a été, du moins, l'idée des rédacteurs du Code civil de 1804, qui, pour résumer, en une formule pleine, les résultats de la tradition qu'ils entendaient consacrer, n'ont pensé pouvoir mieux faire que reproduire, en l'accentuant encore, une définition empruntée à Pothier[2].

Toutefois, ici encore, la fiction ne pouvait manquer de dépasser son but et de faire dévier le système de ses directions normales. D'une part, en effet, le législateur lui-même, pénétré de l'idée que le successible vivant tient sa place, alors même qu'il se trouve écarté de la succession (soit par incapacité, sauf celle résultant de la mort civile, qu'une autre fiction assimile à la mort naturelle; — soit par indignité), ou qu'il refuse de la recueillir (renonciation), n'a pas, dans ces hypothèses, admis la représentation (*nulla vivi repræsentatio;* — art. 744, al. 1, C. civ. franç.); ce qui ne laisse pas d'entraîner des résultats regrettables, qui s'aggravent au cas de renonciation simultanée des premiers appelés, par le défaut de toute représentation à l'effet de partager[3]. D'autre part, le plus proche fût-il mort avant l'ouverture de la succession, il a pu paraître, que sa personnalité restât décisive, pour assurer les droits de ceux qui prétendaient le représenter,

1. Voy., en faveur de ce système : L. Dufrène, *De la représentation successorale,* thèse de doct. Droit français, Paris, 1885-*1886,* p. 168-169.

2. Pothier, *Traité des successions,* chap. II, sect. I, art. 1, *initio :* « Le droit de représentation, à l'effet de succéder, peut être défini une fiction de la loi, par laquelle des enfants sont rapprochés et placés dans le degré de parenté qu'occupait leur père ou mère, lorsqu'il se trouvait vacant, pour succéder au défunt en leur place, avec les autres enfants du défunt. » — Comp. *Introduction au titre XVII de la Coutume d'Orléans,* n° 17.

3. Comme celle qu'admettait autrefois Pothier, *Traité des successions,* chapitre II, section I, art. 1, § 4. — *Introduction au titre XVII de la Coutume d'Orléans,* n° 23.

de telle sorte qu'une cause d'indignité, reconnue à son encontre, dût empêcher sa représentation par les successibles innocents; et, malgré son iniquité évidente, cette solution a trouvé un appui dans un texte équivoque (art. 730 C. Napoléon : « Les enfants de l'indigne, venant à la succession de leur chef, *et sans le secours de la représentation,* ne sont pas exclus pour la faute de leur père »), qui, bien que susceptible d'une interprétation plus raisonnable, s'accordait, dans son sens obvie, aux conséquences logiques de notre fiction combinée avec celle de la continuation de la personne du défunt par ses héritiers[1]. — Les mêmes idées eussent pu conduire plus loin encore, en subordonnant le bénéfice de la représentation successorale à l'acquisition effective de l'hérédité du représentant par le représenté, celui-ci ne pouvant entrer dans les droits du premier, si, par indignité ou renonciation, il se trouvait exclu de sa succession. Sur ce dernier point toutefois, le Code Napoléon fournit une décision nettement différente (art. 744, al. 2 C. civ. franç.). Mais si, par là, il dément quelque peu sa fiction, en reconnaissant le droit propre du représenté, il semble qu'il se soit encore trouvé entraîné par elle, quand il impose, sans distinction, au représentant, même étranger à la succession du représenté, le rapport des libéralités, que ce dernier eût reçues du défunt[2]. — Au total, il apparaît que l'érection, en une fiction de droit, du résultat extrêmement simple, que poursuivait directement le phénomène juridique de la représentation successorale, a eu plus d'inconvénients que d'avantages. Et, s'il ne semblait pas possible de consacrer ce phénomène par une disposition directe et concrète à portée strictement limitée[3], peut-être devrait-on chercher

---

1. Voy. ci-dessus, p. 403-405 (no **246**-δ).

2. Voy. la critique de cette solution (justifiable pourtant, dans le système des successions par souches), chez A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil,* 2e éd., t. III, Paris, 1921, p. 539-541.

3. Voy. pourtant M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil,* t. III,

à l'encadrer dans un système d'ensemble, mieux fondé sur la nature et le sens profond de la famille moderne, que notre système schématique de succession par ordres et degrés. On a pu proposer, en ce sens, le système des successions par souches combiné, ou non, avec celui des parentèles [1].

Ces derniers exemples (δ, ε, ζ) nous laissent voir, — en même temps que les conséquences, souvent malheureuses, de l'entraînement logique inhérent à la fiction, — comment un effort plus poussé de l'esprit a pu, parfois, supplanter ce procédé imparfait, en révélant la pensée rationnelle, qu'il déguise sous le dehors d'une supposition arbitraire ou d'une assimilation quelque peu forcée.

Semblable effort a été poursuivi, dans ces derniers temps surtout, et presque toujours avec quelque succès, sur les terrains les plus divers [2]. — C'est ainsi, qu'après avoir relevé les conséquences excessives rattachées à la rétroactivité de la condition, on est parvenu à en faire une règle extrêmement simple, que certains ont même pu déclarer étrangère à toute idée de fiction [3]. — Plus décidément

---

7e éd., Paris, 1918, p. 361-362 (n° **1761**). — A. Colin (*Le droit de succession dans le Code civil*), dans *Le Code civil. Livre du centenaire*, Paris, 1904, t. I, p. 310, *in fine*, texte et note 3.

1. Voy. surtout : J. Kohler, *Zwei Studien über das sogenannte Repräsentationsrecht, zugleich ein Beitrag zur Lehre von den Fictionen*, dans *Gesammelte Abhandlungen aus dem gemeinen und französischen Civilrecht*, Mannheim, 1883, p. 367-421. — *Adde :* C. Denagiscarde, *De la représentation successorale*, thèse de doct. Droit, Paris, 1908-*1909*. — P. Toutée, *De la représentation successorale*. Étude de droit civil comparé, thèse de doct. Droit, Paris, *1910*-1911. — Voy. aussi : M. Banchet, *De la représentation successorale dans l'histoire du droit coutumier français*, thèse de doct. Droit, Paris, *1907*-1908, p. 130-131. — *Adde :* L. Lecocq, *De la fiction comme procédé juridique*, thèse de doct. Droit, Paris, 1913-*1914*, p. 95-112.

2. Voy., pour plus de développements à cet égard : L. Lecocq, *De la fiction comme procédé juridique*, thèse de doct. Droit, Paris, 1913-*1914*, p. 34-208 (première partie).

3. Voy. notamment : A. Chausse, *De la rétroactivité dans les actes*

encore, un ingénieux auteur, en dévoilant l'influence funeste, qu'elle a exercée sur notre jurisprudence et notre doctrine, particulièrement quant à l'erreur de droit, a pu dissiper le mirage de la maxime connue « Nul n'est censé ignorer la loi », et découvrir simplement, sous cette fiction qui semblait latente en quelques textes de nos lois (notamment art. 1er C. Napoléon), l'expression incontestable, mais suffisante à elle-même, du caractère obligatoire de la loi dûment promulguée [1]. — D'autres se sont attaqués au phénomène juridique de la subrogation réelle, et leurs travaux successifs sont parvenus à substituer, à la fiction étroite et rigide, qui, seule, semblait la pouvoir expliquer, une idée économique, aussi souple que féconde, susceptible, par là même, de lui assurer le plus précieux rayonnement [2]. — Mais, c'est principalement, dans le domaine de

---

juridiques, dans *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1900, t. XLIX, p. 529-547, surtout II, p. 538-547. — A. Gallet, *Etude sur la fiction de rétroactivité en droit français*, thèse de doct. Droit, Poitiers, 1902-*1903*, première partie, chapitre III, p. 63-125. — A. Leloutre, *De la non-rétroactivité de la condition dans l'acte et le fait juridiques*, thèse de doct. Droit, Caen, *1904*-1905, surtout p. 92-99. — L. Bernard, *L'acte conditionnel envisagé dans ses effets rétroactifs*, thèse de doct. Droit, Aix, 1908-*1909*, principalement p. 65-66. — A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil*, t. II, 2e éd., Paris, 1920, p. 164-167. — Comp. L. Lecocq, *De la fiction comme procédé juridique*, thèse de doct. Droit, Paris, 1913-*1914*, p. 73-79.

1. G. Dereux, *Etude critique de l'adage « Nul n'est censé ignorer la loi »*, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1907, t. VI, p. 513-554. Voy. surtout, p. 527-528. — On sait que certains auteurs ont prétendu voir, dans cette règle « Nul n'est censé ignorer la loi », une présomption de droit plutôt qu'une fiction. — Voy. notamment : L. Lecocq, *De la fiction comme procédé juridique*, thèse de doct. Droit, Paris, 1913-*1914*, p. 29-30. — On peut en rapprocher la prétendue présomption (en réalité fiction), réputant accepté de l'ouvrier qui s'embauche le règlement d'atelier affiché. Pour la critique de celle-ci, voy. A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, 2e éd., Paris, 1920, p. 591-592.

2. Cons. principalement : A. Henry, *De la subrogation réelle, conventionnelle et légale*, thèse de doct. Droit, Nancy, 1912-*1913*; surtout conclusion, § 2, p. 377-394. — Pour les travaux précédents, voy. la bibliographie, présentée par cet auteur, p. v-vi, sous la rubrique :

la personnalité morale, qu'une critique ardente et avisée a su, derrière le concept embryonnaire d'une assimilation des plus risquées, retrouver les bases fondamentales de l'institution envisagée. Non pas, qu'à mon avis, du moins, on soit arrivé à se passer absolument de l'appui de la fiction. Car, étant certain que les droits sont établis au profit des hommes, si l'on juge insuffisantes, pour les besoins complets des œuvres collectives, les modifications apportées au droit individuel par le libre jeu des volontés particulières, et que l'on entende assurer à ces œuvres l'indépendance nécessaire à leur développement, on est nécessairement conduit, du point de vue pratique, à modeler leur action sur celle des personnes physiques, ce qui ne s'opère que par la mise en œuvre, avouée ou non, de la fiction tant décriée. Il faut s'élever à une région supérieure et rechercher la raison dominant l'activité collective comme celle des individus, pour trouver, dans le *sujet de droit*, la notion capable, du moins au point de vue théorique, de supprimer la fiction de la personnalité morale, en unissant, dans une même réalité, tous les titulaires possibles de droits subjectifs, individus et collectivités [1-2].

3° Opinions modernes. — *Adde :* L. Lecocq, *De la fiction comme procédé juridique,* thèse de doct. Droit, Paris, 1913-*1914*, p. 36-47. — Voy. aussi H. Capitant, *Essai sur la subrogation réelle,* dans *Revue trimestrielle de droit civil,* 1919, t. XVIII, p. 385-416, qui a tort, suivant moi, d'opposer l'*équité* à la *technique* (notamment p. 389, p. 390, p. 394, p. 409, p. 412, p. 416), alors que la technique ne se justifie que si elle est au service de l'équité. Comp. là-dessus, le t. IV (à paraître ultérieurement) du présent ouvrage.

1. Cons. surtout : L. Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français,* Paris, 1906-1909, et, avant tout, le chapitre I. La notion de personnalité morale, t. I, p. 1-179. — *Adde :* R. Saleilles, *De la personnalité juridique,* Histoire et théories, Paris, 1910. — Voy. aussi, pour la critique de l'idée de fiction appliquée à la personnalité morale : L. Lecocq, *De la fiction comme procédé juridique,* thèse de doct. Droit, Paris, 1913-*1914*, p. 168-207.

2. Sur le sujet de droit, comp. ci-dessus, n° **224**, p. 212-228.

Mieux que toute autre, cette application, confirmant les expériences antérieurement acquises (voy. ci-dessus : δ, ε, ζ, p. 403-411 [n° **246**]), permet d'entrevoir, par quel procédé intellectuel pourra le plus souvent être surpassée la fiction de droit. Puisque celle-ci se réduit à un expédient, qui fait entrer de force telle situation donnée dans un concept inadéquat, bien que voisin, il suffit de découvrir le concept nouveau, capable d'embrasser sans effort toutes les situations, auxquelles conviendrait la même règle [1].

247. — Mais, parce que semblable résultat ne s'obtient, ni du premier bond, ni sans à-coups, ni de façon incontestable, et que, vu l'infirmité irrémédiable de notre esprit, il est plus que douteux qu'il puisse être jamais pleinement atteint, il reste, qu'en attendant, et pour longtemps encore sans doute, la fiction de droit demeure instrument indispensable de notre technique. — Non seulement, elle a fourni, en maintes occasions, des solutions d'une opportunité non douteuse [2] ; mais certaines de ses applications n'ont pu être remplacées avec succès, et, parmi les plus critiquées, se révèle encore, en quelques points, l'influence heureuse du procédé [3]. Dans cette mesure, la fiction, soit qu'elle procède par voie de comparaison (« comme si ») [4], soit même qu'elle repose sur une supposition délibérément fausse mais non impossible [5], conserve son utilité populaire,

1. Comp. W. Wundt, *Logik*, 3 A., III Band, Stuttgart, 1908, p. 600-601. — Rappr. ce qui a été indiqué ci-dessus, p. 398, texte et note 2, (n° **245**).

2. Voy. particulièrement ci-dessus, sous les lettres α) β) γ), p. 399-403 (n° **246**).

3. C'est ce qui apparaît, en dépit des critiques qu'ils ont soulevées, dans les exemples rapportés ci-dessus, sous les lettres δ) ε) ζ), p. 403-411 (n° **246**).

4. Comp. L. Lecocq, *De la fiction comme procédé juridique*, thèse de doct. Droit, Paris, 1913-*1914*, p. 54, p. 67-68, p. 85, p. 88, p. 92, p. 130-131, p. 139, p. 160, p. 186-187, p. 200, p. 205-207, p. 216, p. 220, p. 234-235, p. 240, p. 254, p. 263.

5. Comp. Rolland de Villargues, *Répertoire de la jurisprudence du*

didactique, voire pratique. Et il serait téméraire d'en condamner absolument l'emploi[1]. — Vainement, nous représente-t-on, qu'un grand nombre de règles de droit se sont établies ou développées sans fiction, que celles mêmes, qui s'y appuient, trouveront plus libre et plus plein essor, si on les dégage de cette ridicule et encombrante tutelle[2]. En faisant aussi large qu'on voudra la part de ces considérations, et admettant qu'elles nous engagent à poursuivre, de plus fort, la critique féconde des procédés fictifs, il suffit qu'elles laissent « un reste », — que j'estime incontestable, — à l'usage légitime de la fiction, pour que nous soyons fondés à conclure en faveur de son maintien.

Toutefois, si le jurisconsulte doit conserver, dans la mesure où il en peut tirer des effets utiles, l'usage de la fiction de droit, il ne saurait oublier le danger, que présenterait son emploi, fait sans discernement ni réserve. — Ce danger, révélé par l'examen critique de quelques fictions,

---

notariat, v° Fiction, n° **11**, t. III, Paris, 1828, p. 654. — L. Lecocq, *De la fiction comme procédé juridique*, thèse de doct. Droit, Paris, 1913-*1914*, p. 23, p. 69, p. 160-161, p. 227-228.

1. L'étude critique de la fiction, vigoureusement poussée par L. Lecocq, *De la fiction comme procédé juridique*, thèse de doct., Paris, 1913-*1914*, aboutit à des conclusions, plus défavorables encore à la fiction, et qui paraissent pouvoir se résumer ainsi : On est rarement d'accord sur l'existence même d'une fiction. Celle-ci admise, il est presque toujours difficile de la préciser. Est-ce une méconnaissance des faits naturels, ou une dérogation au droit admis ? En quoi consiste, au juste, la fiction ? D'autre part, celle-ci ne fournit guère plus qu'un développement verbal. Tout va aussi bien, souvent mieux, grâce à une explication plus profonde et qui n'a rien de fictif. La fiction, qui repose sur une supposition de faits mensongers, est aussi ridicule que vicieuse. Au fond, la fiction n'a quelque valeur, qu'à titre de comparaison, rapprochant approximativement des institutions voisines.

2. Voy. notamment : L. Lecocq, *De la fiction comme procédé juridique*, thèse de doct. Droit, Paris, 1913-*1914*, p. 84-85, p. 99-111, p. 114-120, p. 123-124, p. 126, p. 139, p. 145-146, p. 160, p. 177-178, p. 199-207 ; surtout p. 209-210, p. 228-233, p. 241-243, p. 253, p. 257-259, p. 261-262, p. 264-266.

consiste essentiellement, en ce que la fiction tend à déborder de son cadre et à produire des conséquences tout à fait discordantes du but qui, seul, la justifie[1]. Pareille tendance, inhérente aux métaphores[2], aux abstractions aisément personnifiées, dont la fiction de droit offre comme un type extrême, est d'autant plus funeste, chez celle-ci, que, par son caractère délibérément mensonger, elle fausse les raisons vraies des règles, et, qu'en tout cas, elle ne présente qu'un élément fort incertain de discussion juridique[3]. Instrument, au plus haut point artificiel, de l'élaboration du droit, la fiction, par la force même de la logique qui est en elle, entraîne celui qui s'en sert dans une voie pleine d'incertitudes, d'équivoques, voire d'erreurs et d'injustices[4].

Le remède à ces dangers — d'où résulteront les conditions et limites d'application de la fiction — ne se peut trouver qu'en les ressources mêmes de notre esprit.

---

1. Voy. notamment, ci-dessus, les exemples ε) et ζ), p. 405-411 et p. 411-412, texte et notes 1 et 3 (n° **246**). — *Adde :* L. Lecocq, *De la fiction comme procédé juridique*, thèse de doct. Droit, Paris, 1913-*1914*, p. 66, p. 69-70, p. 91-92, p. 165-166; surtout p. 241-242, p. 255-256.

2. On en trouverait un exemple dans la jurisprudence ancienne, par laquelle la Cour de cassation affirmait universellement son contrôle sur les décisions judiciaires, interprétant la volonté des parties dans un contrat, sous prétexte que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites (comp. art. 1134, al. 1 C. civ. franç.). Voy. là-dessus : J. Charmont (Examen doctrinal), dans *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1894, t. XLIII, p. 74. *Adde :* p. 74-79; et Dalloz, *Répertoire alphabétique*, v° Cassation, n^os^ **1567-1578**.

3. Comp. L. Lecocq, *op. cit.*, p. 129-132, surtout p. 241, p. 256-257. — *Adde :* A. Gallet, *Étude sur la fiction de rétroactivité dans le droit français*, thèse de doct. Droit, Poitiers, 1902-*1903*, p. 175-177 (conclusion).

4. Sur les *fictions de volonté*, qui dénaturent tout à fait la saine interprétation des actes juridiques, voy. : E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, thèse de doct. Droit, Dijon, 1911-*1912*, p. 206-227. — *Adde :* G. Dereux, *De l'interprétation des actes juridiques privés*, thèse de doct. Droit, Paris, 1904-*1905*, *passim*, notamment p. 312-325.

Puisque la fiction tend à dépasser son domaine d'application légitime, il la faut contenir aux bornes, que lui fixe très précisément son but. — Parfois, la formule même de la fiction, comme consciente de sa propre faiblesse, a cherché à s'imposer des limites. Ainsi, certains des textes romains, proclamant la personnalité fictive de l'hérédité jacente, en signalent eux-mêmes la portée restreinte : « *Hereditas* IN MULTIS PARTIBUS JURIS *pro domino habetur*... » [1] ; «... *hereditas* IN PLERISQUE *personæ defuncti vicem sustinet*... » [2]. De même encore, la maxime traditionnelle, exprimant la fiction : « *Infans conceptus pro nato habetur* », se complète normalement, par la réserve « QUOTIES DE COMMODIS EJUS AGITUR » [3]. Sous une forme, un peu différente et plus complète, le Code Napoléon, en consacrant la mort civile, avait eu soin d'en préciser les effets (voy. notamment : art. 25, 227-3°, 719, 1441-2°, 1865-4°, 2003, al. 4, C. civ. franç. de 1804), mettant ainsi les interprètes en garde contre les excès d'une assimilation trop large à la mort naturelle [4]. — Mais, il est clair que ces limitations formelles des fictions restent insuffisantes à empêcher tous les débordements intempestifs, dont nous menace leur principe. Il reste donc essentiel, que, lorsqu'il met en œuvre le procédé

---

1. HERMOGENIANUS, DIG., 41.1, *De acquirendo rerum dominio*, fr. 61, pr.

2. INSTIT., *De stipulatione servorum*, III, 17, pr. — D'autres fictions, au contraire, sont présentées, par les textes, comme douées d'une portée générale. Voy., par exemple : DIG., *De captivis et postliminio*, 49, 15. ULPIANUS, fr. 18 : « IN OMNIBUS PARTIBUS JURIS, *is, qui reversus non est ab hostibus, quasi tunc decessisse videtur, cum captus est.* »

3. Cette formule a, d'ailleurs, été formée d'après les textes romains. — Voy. notamment : DIG., *De statu hominum*, I, 5, PAULUS, fr. 7. — *De verborum significatione*, L, 16, PAULUS, fr. 231.

4. Comp. L. LECOCQ, *De la fiction comme procédé juridique*, thèse de doct. Droit, Paris, 1913-*1914*, p. 127-133. — On pourrait signaler aussi, en ce qui touche la personnification civile, l'article 53 du Code civil suisse, du 10 décembre 1907, ainsi conçu : « Les personnes morales peuvent acquérir tous les droits et assumer toutes les obligations qui ne sont pas inséparables des conditions naturelles de l'homme, telles que le sexe, l'âge ou la parenté. »

de la fiction de droit, le jurisconsulte ait les yeux constamment fixés sur son but, strictement déterminé par la justice ou l'utilité sociale [1], et que, conscient des périls, auxquels l'entraîne un instrument aussi imparfait, il s'applique à en limiter lui-même la portée à l'objet pour lequel il a paru indispensable, et à contrôler soigneusement toutes les déductions, qui s'en offriraient, par les postulats de justice ou d'utilité pratique, qui permettent, seuls, d'apprécier, en dernier ressort, la valeur des solutions juridiques[2]. — Cet effort, constamment poursuivi, sera, en même temps, une sauvegarde contre le reproche secondaire, également encouru par les procédés fictifs, de favoriser la paresse ou l'insouciance d'une recherche approfondie, en couvrant, d'un masque trompeur, et sans consistance, les idées, capitales et seules vivantes, qui doivent rester à la base du droit positif [3].

Encore faudra-t-il reconnaître que tous ces remèdes restent parfois insuffisants. Et, quand on est en présence de fictions, dénaturant les faits, pour recouvrir, sans profit sérieux, un principe de justice, clair et fécond, le mieux serait de les abandonner franchement et de revenir à une vérité des choses, seule susceptible de fournir ici les résultats désirables [4].

---

1. Comp. E.-R. Bierling, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*. zweiter Theil, Gotha, 1883, p. 89-91 (§ **166**).

2. En définitive, la fiction nous offre, poussés à l'extrême, les dangers de la technique juridique, en général, comme aussi les remèdes qu'ils comportent. Comp. ci-dessus, nos **190-191**, p. 39-44.

3. L. Lecocq, *La fiction comme procédé juridique*, thèse de doct. Droit, Paris, 1913-*1914*, p. 242-243.

4. C'est, je crois, l'attitude, qui s'impose, à l'égard des fictions de volonté, qui faussent, sous prétexte de le mettre en œuvre, le jeu légitime du principe d'autonomie. Voy. ci-dessus, p. 416, texte et note 4 (n° **247**). — En admettant que l'on puisse, utilement parfois, présumer des volontés douteuses (comp. ci-dessus, p. 341-346 [n° **237**], il semble inacceptable, qu'on feigne l'existence de volontés, évidemment défaillantes, alors que les principes généraux de justice et d'économie permettent, beaucoup mieux, de suppléer aux lacunes

Les griefs, trop réels, qu'on peut faire valoir contre les fictions de droit, et que nous n'avons aucunement dissimulés, se sont aggravés, aux yeux d'un grand nombre de jurisconsultes, par la considération, qu'en sa qualité d'instrument tout artificiel, la fiction ne comporterait qu'un emploi extrêmement restreint, dépendant essentiellement de la volonté, seule qualifiée pour s'imposer arbitrairement dans l'ordre juridique, la volonté souveraine s'exprimant par la *loi écrite*. — A vrai dire, ceci pouvait être une sauvegarde en même temps qu'un défaut, si l'on pensait, qu'en raison de son danger fondamental, l'usage de la fiction ne pouvait que gagner à être étroitement bridé. Tout bien pesé, pourtant, il resterait à craindre que, maître d'ordonner à lui seul les fictions de droit, l'instrument légal se montrât trop raide, trop doctrinaire, en une matière qui demande un maniement, à la fois avisé et souple. Et aussi bien, c'est surtout du point de vue d'une intervention trop exclusive du législateur, que la fiction de la personnalité morale a suscité les plus vives critiques chez les modernes. — Mais, en réalité, l'idée de limiter aussi étroitement la création et le développement des fictions de droit, ne découle aucunement de la nature même de celles-ci. Elle ne se présente ici à nous que comme un *préjugé*, qui requiert une étude et une critique distinctes. — Étant donné que le procédé de la fiction reste, en quelque mesure, indispensable au progrès du Droit, en dépit des périls qu'il recèle et contre lesquels nous sommes maintenant prémunis, il s'agit encore de savoir quelles sources lui assigner, plus précisément, par quels organes et suivant quels modes il convient de le faire valoir. C'est un ordre d'idées nouveau, qui s'ouvre maintenant à notre examen.

---

des prévisions contractuelles ou testamentaires. Comp. E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, thèse de doct. Droit, Dijon, 1911-*1912*, *passim*, et notamment, p. 200, texte et note 3 ; p. 206-209. *Adde:* p. 210-227.

III

248. — Mis en présence de ce problème, nous rencontrons, d'abord, une solution, extrêmement simple, séduisante par là même, analogue à celle que nous offrait également la tradition, dans la question des sources légitimes des présomptions de droit [1], et qui, comme celle-ci, a paru longtemps de nature à trancher d'un coup toutes les difficultés : Les fictions de droit, représentant une contradiction de la nature, une véritable anomalie au regard de la vérité des choses, ne pourraient émaner que de l'autorité suprême en droit positif, celle du législateur. Pas de fiction légale sans texte. Tel est le principe, énergiquement affirmé par les protagonistes les plus décidés de la loi écrite, MERLIN [2], LAURENT [3], entre autres, mais aussi bien adopté encore, comme une maxime courante, par la plupart des auteurs et par les arrêts. — Et, l'on en déduit logiquement, non seulement que la doctrine et la jurisprudence restent impuissantes à créer des fictions de droit [4], mais encore que celles-ci doivent être contenues au domaine que leur assigne la loi [5], qu'elles ne peuvent être élargies par induction en faveur de matières voisines [6], qu'elles ont pour limites nécessaires l'objet en vue duquel le législateur les a créées [7], bref qu'elles sont, à tous égards, de

1. Voy. ci-dessus, p. 314-317 (n° **235**).

2. Voy. notamment : MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, v[is] Fiction et Subrogation de chose, *initio*, 5[e] éd., Paris, 1830, t. VI, p. 671 et t. XVI, p. 431.

3. Voy. notamment : F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. I, n° **288**, n° **327** ; t. III, n° **385** ; t. XX, n° **118**.

4. F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, passages cités à la note précédente.

5. F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. IV, n° **253**.

6. F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. XXI, n° **324** ; t. XXII, n[os] **352** et **360**.

7. F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. IX, n° **187** ; t. X, n[os] **432-435**.

stricte interprétation[1]. — La sanction pratique de pareille opinion se traduirait dans le contrôle de la Cour suprême, qui devrait impitoyablement annuler les décisions à elle soumises, si elles instituent ou élargissent une fiction de droit étrangère aux textes[2]. Et ce contrôle pourrait s'exercer ici, d'autant plus nettement, qu'il ne serait pas, comme en matière de présomptions, troublé par l'exercice légitime des facultés discrétionnaires laissées aux juges du fond, la loi n'ayant consacré nulle part le droit, pour les juges, de fausser les faits et repoussant, par là même, toute idée de fictions judiciaires, qui fissent pendant aux présomptions de fait ou de l'homme, admises en la théorie des preuves[3]. — Le pouvoir de l'interprète, à propos des fictions juridiques, se bornerait donc à en mesurer, au cas de doute, la portée en raison de leur objet propre[4]. Hors de là, il aurait encore, le cas échéant, à séparer, de la fiction proprement dite, le principe général, dont elle pourrait n'être que le manteau, et qui comporterait, de par sa nature, une interprétation plus large[5]. Mais, étant acquis le caractère et le sens d'une fiction de droit, il ne saurait que l'appliquer, d'après le texte, et suivant l'esprit de la disposition légale dont elle résulte[6].

---

1. F. Laurent, *Principes de droit civil français*, t. IX, n° **55**, t. XV, n° **426**, *in fine*, 3e éd., 1878, p. 449-450.

2. Voy., par exemple : Req. rej., 27 mai 1835, *Sirey*, 35. 1. 341. — Civ. cass., 13 août 1838, *Sirey*, 38. 1. 701.

3. Voy. ci-dessus, p. 315-316 (n° **235**). — On pourrait s'expliquer, en effet, que la fiction, qui prend le contre-pied de la réalité, eût un domaine d'application, plus restreint encore que la présomption, qui induit l'incertain de circonstances, le rendant, du moins, vraisemblable.

4. Cette mission n'est pas toujours aisée. F. Laurent nous en offre l'aveu et l'exemple, à propos de l'effet déclaratif du partage, proclamé par l'article 883 du Code Napoléon. *Principes de droit civil français*, t. X, nos **432-435**. Comp. t. X, n° **415**; t. XVIII, n° **434**; t. XXI, n° **324**.

5. C'est ainsi que F. Laurent voit, dans la règle « *Infans conceptus pro nato habetur...* », plutôt qu'une fiction de droit, un principe, susceptible d'être généralisé. *Principes*, t. I, n° **327**.

6. Comp. P. de Tourtoulon, *Les principes philosophiques de l'his-*

Il est aisé d'apercevoir — et l'expérience l'a suffisamment établi — combien pareille doctrine réduit, jusqu'à l'annihiler, tout effort de l'interprétation juridique, non seulement, en face des fictions, à peine esquissées dans la formule des textes, comme celle de l'effet déclaratif du partage incluse en l'article 883 du Code civil[1], mais, plus encore, au regard de celles, qu'il faut deviner au travers des dispositions strictement positives de la loi, telles que la personnalité morale[2], la continuation de la personne du défunt par ses héritiers[3], la subrogation réelle[4], toutes institutions pourtant, dont le développement, ou, tout au moins, la pleine compréhension, sont indispensables au progrès du droit civil. Est-il même vraisemblable, que l'on puisse, avec la pleine assurance de satisfaire aux besoins de la vie juridique, s'en tenir à l'idée, que le législateur aurait prévu et ordonné toutes les fictions utiles[5]?

Mais, au fond, l'argument, essentiel et presque unique, de cette thèse, consiste en une pétition de principe, reposant elle-même sur une inexactitude de terminologie. Quand on parle de *fictions légales,* il semble évident qu'elles ne puissent ressortir que de la loi. Il suffit d'élargir l'expression et de placer le problème sur le terrain de la *fiction de droit* ou *fiction juridique,* pour dissiper le mirage attaché à un mot mal choisi. — Cela fait, et si l'on y veut seulement réfléchir quelques instants, on constatera, sans peine, et en quelque sorte *a priori,* la singularité étrange d'un système, qui prétend monopoliser, dans la

toire du droit, Paris et Lausanne, Payot, 1908-1919, p. 363-368, où il semble attribuer au seul législateur la responsabilité des « mythes et fictions juridiques ». Mais, voy. ce qu'il développe plus loin, p. 448-462.

1. Comp. ci-dessus, p. 405-408 (n° **246**-ε).
2. Comp. plus haut, p. 413, texte et notes (1) et (2) (n° **246**).
3. Comp. ci-dessus, p. 403-405 (n° **246**-δ).
4. Comp. plus haut, p. 412, texte et note 2 (n° **246**).
5. Comp. certaines fictions doctrinales ou jurisprudentielles, signalées ci-dessus, p. 383-386 (n° **243**).

sphère législative, l'emploi de notre procédé. En effet, la fiction, par laquelle nous nous représentons les choses autrement qu'elles ne sont, n'est elle-même qu'un jeu d'esprit, une variété de concept. Or, les concepts sont manifestement indispensables, dans tout le domaine de la mise en œuvre du droit positif. Ils sont même plus nécessaires à l'interprète proprement dit, réduit, dans son rôle propre, aux moyens empiriques de faire valoir une matière souvent informe ou imparfaite, qu'au législateur, qualifié pour transformer, à son gré, cette matière et l'adapter directement à son but.

Nous devons donc écarter, comme un pur préjugé, dépourvu de tout fondement sérieux, contraire même aux vraisemblances les plus plausibles, l'idée que la loi écrite serait la seule source autorisée des fictions de droit[1]. Et, envisageant notre problème en dehors de toute notion préconçue, élargissant également sa formule, nous le décomposerons ainsi, en vue d'une solution meilleure et plus précise : — *a*) est-il *légitime* que les divers organes (*lato sensu*) de droit positif emploient la fiction, comme procédé de création ou de développement des règles juridiques? — *b*) dans la mesure de sa légitimité, préalablement reconnue, quelle peut être l'*opportunité*, du maniement du procédé, de la part de chacune des sources compétentes?

249. — *a*) Que la doctrine et la jurisprudence — dans la mesure où elles contribuent à l'élaboration du droit positif[2] — soient fondées à user de fictions, c'est ce qui ne saurait soulever une hésitation sérieuse, si l'on considère que l'interprétation du droit ne peut procéder, avec

1. C'est toujours une dépendance de la conception, plus générale, et, à mon avis, erronée, d'après laquelle tout le droit positif se ramènerait à la loi écrite. Comp. ci-dessus, p. 327-329 (n° **235**).

2. Cons. Fr. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899, 2e éd., 1919, notamment n° **123**; n^os **145-150**; n^os **155-176**.

quelque généralité, que par le moyen des concepts, seuls capables d'adapter à la vie sociale les règles dont elle a besoin. Faute de pouvoir constituer de toutes pièces des concepts parfaitement adéquats, on doit, parfois, suivant un procédé habituel de l'esprit[1], déformer la réalité, pour la faire entrer dans un moule, qui la saisisse à plein et lui impose la direction jugée bonne. — C'est ainsi que les jurisconsultes, chargés d'assurer le règlement des intérêts sociaux, ont, dans les spéculations, par lesquelles ils préparaient des solutions utiles, envisagé l'héritier comme continuant la personne du défunt[2], le partage comme déclarant un état de droit contemporain de la formation de l'indivision[3], un groupement d'individus ou une concentration d'intérêts comme formant une personne juridique distincte[4]. En fait, donc, la plupart des fictions juridiques ont dû surgir des efforts de l'interprétation, en vue d'assujettir les réalités sociales au pouvoir de la règle nécessaire, par un maniement calculé de concepts[5]. Et, à peine de refuser toute action efficace aux organes investis de cette mission, on ne saurait contester leur compétence justifiée à cet égard[6].

Par cette voie même, la coutume arrive à consacrer légitimement des fictions : d'abord, cette coutume, formée par l'autorité des organes qualifiés de l'interprétation, qui donne naissance à ce que SAVIGNY appelait le droit scientifique (*wissenschaftliches Recht*)[7]; parfois même, la cou-

---

1. Voy. ci-dessus, p. 360-362, p. 364-366 (n° **240**); p. 367-369 (n. **241**); p. 378, p. 388 (n° **243**); p. 397-399 (n° **245**); p. 419 (n° **248**).

2. Voy. ci-dessus, p. 403-405 (n° **246**-δ).

3. Voy. ci-dessus, p. 405-408 (n° **246**-ε).

4. Voy. ci-dessus, p. 413, texte et notes 1 et 2 (n° **246**).

5. Comp. R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, 1911, p. 242, p. 251.

6. Comp. R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, 1911, p. 249-251.

7. Voy. F.-C. von SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*,

tume, d'origine populaire[1], s'il advient que l'élément intellectuel, qu'elle suppose (*opinio juris*)[2], implique de ces concepts irréels, que l'opinion vulgaire introduit volontiers dans les notions abstraites. Il n'est guère douteux, par exemple, que l'idée de la continuation de la personne du défunt par son héritier, celle encore qui est à la base de la personnalité morale, n'aient trouvé, dans l'opinion commune, un terrain favorable à leur réception en règles juridiques[3]. Et, ici encore, la procédure apparaît si naturelle, si conforme aux tendances instinctives de l'esprit, qu'il serait manifestement vain d'en vouloir contester le bien-fondé.

Mais, la loi écrite peut-elle, à son tour, sans manquer à sa mission, user du procédé des fictions de droit? En dépit du préjugé courant[4], le doute se conçoit sur ce point. Car on se sent fort tenté de dire : Quel besoin le législateur, maître souverain de ses décisions, a-t-il d'un procédé aussi contraire à la vérité? Qu'il commande franchement et directement ce qu'il veut imposer! A quoi bon dénaturer les faits, quand on peut les régir à sa guise[5]? — Si trou-

---

t. I, Berlin, 1840, § **14**, p. 45-49. *Traité de droit romain,* trad. Ch. Guenoux, t. I, Paris, 1855, § XIV, p. 42-47.

1. Comp. Fr. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif,* Paris, 1899, 2e éd., 1919, nos **109-122**. — F.-C. von Savigny, *op. cit.,* t. I, Berlin, 1840, § **12**, p. 34-38 et p. 50-53 (§ **15**). *Traité de droit romain,* trad. Ch. Guenoux, t. I, Paris, 1855, § XII, p. 32-37 et p. 47-51 (§ XV).

2. Voy. Fr. Geny, *op. cit.,* 1re éd., p. 314-317; 2e éd., t. I, p. 360-364 n° **119**).

3. Comp. R. Saleilles (*Droit civil et droit comparé*), dans *Revue internationale de l'enseignement,* 1911-1°, t. LXI, p. 20-21. — *De la personnalité juridique,* Paris, 1910, p. 607-610, p. 624.

4. Voy. plus haut, p. 420-421 (n° **248**).

5. Voy. C.-B.-M. Toullier, *Le droit civil français,* 6e éd., J.-B. Duvergier, vol. II, deuxième partie, Paris, p. 112-113 (n° **189**). *Adde :* vol. VI, deuxième partie, p. 155 (n° **148**) [sur l'article 1407]. — Comp. Bülow (*Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten*), dans *Archiv für die civilistische Praxis,* 1879, t. LXII, p. 3-11. — J. Kohler (*Technik*

blante qu'elle soit, cette argumentation ne doit pas nous tromper. Il est clair, en effet, qu'elle ne touche directement que la question de l'opportunité, non celle de la légitimité, de l'emploi des fictions de droit par le législateur. Mais, quand nous nous demandons, avant tout, si celui-ci *est fondé* à porter ses injonctions, en dénaturant parfois quelque peu la réalité, il nous faut considérer que, comme toute expression de pensée et de volonté humaines, la loi doit, elle aussi, se servir de concepts. Et, lorsqu'il ne rencontre pas, du premier coup, le concept adéquat, ou si, pour des raisons variables, il lui paraît préférable de rattacher une disposition nouvelle à des concepts familiers, au moyen d'une assimilation, quelque peu factice, il est impossible d'apercevoir pourquoi on refuserait au législateur l'usage d'un procédé, inhérent à la faiblesse de notre esprit, et, par ailleurs, indispensable peut-être à la réalisation de son effort [1].

Tout compte fait, il semble bien, qu'en soi et dans son principe, la fiction juridique doive être tenue pour un moyen technique, ouvert également — et aussi bien que la présomption de droit [2] — à toutes les sources, disons mieux, à tous les agents, qui coopèrent à la création ou au développement du droit positif.

250. — *b*) Reste la question de l'opportunité de son emploi de la part des divers organes appelés à la mettre en œuvre. Celle-ci ne se peut trancher au moyen d'un jugement apodictique. Sa solution est affaire de circonstances et de nuances. La raison générale fournira ici, tout au plus, quelques directions à l'application pratique.

---

der Gesetzgebung, § **3**, n° 6), dans *Archiv für die civilistische Praxis*, 1905, t. XCVI, p. 365-366.

1. Comp. Fr. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899, p. 241-245 (n° **101**); 2ᵉ éd., 1919, t. I, p. 278-283 (n° **101**).

2. Voy. ci-dessus, n° **235**, p. 314-334.

Si, d'abord, nous envisageons, de ce point de vue, le rôle de la loi écrite, nous n'hésiterons guère à penser qu'elle doive être, de moins en moins, accueillante aux fictions. L'emploi de ce procédé révèle toujours, de la part du législateur, investi d'un pouvoir de commandement sans limites, certaine impuissance de fait, contre laquelle il convient de lutter. — Aborder franchement la réalité pour la dominer, au moyen d'un concept qui la représente aussi exactement que possible, sera mieux, en général, que la réduire par le faux-fuyant d'une approximation fictive. Et toutes les raisons, qui demeuraient incapables d'établir l'*illégitimité*, proprement dite, de l'usage des fictions dans la loi écrite, valent sans conteste pour nous incliner du côté de son *inopportunité*[1].

Aussi, a-t-on pu reprocher aux rédacteurs du Code Napoléon de présenter ostensiblement, sous la forme d'une fiction, l'institution de la représentation sucessorale (art. 739 C. civ. franç.), au lieu de dégager un principe plus profond, qui en eût rattaché les résultats acceptables aux réalités sociales lui servant de base effective[2]. — Il paraît également douteux, que notre législateur ait été bien inspiré, en consacrant l'effet déclaratif du partage, sous les dehors de la fiction de droit (art. 883 C. civ. franç., « chaque cohéritier *est censé* avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot... »), tandis qu'il eût pu sans doute en mieux pénétrer la substance et en circonscrire plus exactement la portée, s'il avait visé directement la vérité de fait et de pratique à laquelle il correspond[3]. — A plus forte raison, comprendrons-nous les protestations

1. Voy. ci-dessus, p. 425, texte et note 5 (n° **249**). — *Adde*, contre l'opportunité des fictions proprement légales : L. Lecocq, *De la fiction comme procédé juridique*, thèse de doct. Droit, Paris, 1913-*1914*, p. 246-249.

2. Comp. ci-dessus, p. 408-411 (n° **246**, ζ).

3. Comp. ci-dessus, p. 405-408 (n° **246**, ε).

qui se sont élevées[1] contre la prétention, incluse en certain projet de loi, de ramener la personnalité civile à la notion d'une fiction de droit[2], alors que les efforts de la doctrine et de la jurisprudence tendaient de plus en plus — et non sans succès en dépit de divergences inévitables — à découvrir, sous ce concept énigmatique (de *personne morale*), les intérêts très vrais et très réels dont il formait l'expression juridique. — La défiance justifiée, vis-à-vis des fictions de droit, dont les raisons ont été signalées plus haut[3], doit, avant tout, en réduire l'emploi, de la part de la législation écrite.

Malgré tout, pourtant, il y aurait utopie décevante, à prétendre bannir, d'un coup, la fiction, du domaine de la loi positive.

C'est, qu'en effet, le législateur lui-même reste soumis à cette infirmité de l'esprit, qui ne permet pas de rencontrer toujours le concept, traduisant exactement la réalité entrevue, ou qui n'ose exprimer une volonté, quelque peu novatrice, que par référence à une règle déjà passée en usage. Nécessairement, et, pour ainsi dire, instinctivement, il usera du procédé des fictions; et, même revêtues

---

1. Voy. notamment : M[is] DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Les personnes morales*, Paris, 1902 et 1919, n[os] **441-442**, p. 201-204. — M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 8[e] éd., t. I, Paris, 1920, n° **3012**, *in fine*, p. 945. — R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, Paris, 1910, p. 350. — L. LECOCQ, *De la fiction comme procédé juridique*, thèse de doct. Droit, Paris, 1913-*1914*, p. 169, texte et note 2.

2. L'article 10 du projet de loi, relatif au contrat d'association, présenté, le 14 novembre 1899, à la Chambre des députés, par M. WALDECK-ROUSSEAU, président du Conseil des ministres, portait: « La personnalité civile est la fiction légale, en vertu de laquelle une association est considérée comme constituant une personne morale distincte de la personne de ses membres, qui leur survit et en qui réside la propriété des biens de l'association. » *Adde :* art. 8 (*Journal Officiel, Chambre, Documents parlementaires*, 7[e] législature. Session extraordinaire de 1899, p. 125, col. 1). — Voy. aussi, pour le sens restrictif attaché à cette disposition : l'Exposé des motifs, *ibid.*, p. 123, col. 3, et p. 124, col. 2.

3. Voy. notamment, ci-dessus, p. 418 (n° **247**).

de la forme légale, celles-ci pourront servir à faire recevoir une institution ou une solution utile. — Le droit romain, si avisé et si audacieux en même temps dans la rédaction de ses textes législatifs, nous a, du moins, laissé, dans la *lex Cornelia de captivis,* l'exemple d'une fiction, qui reliait une décision nouvelle au système préalablement établi du statut des prisonniers de guerre fondé sur le *postliminium*[1]. — Et, si nous considérons notre droit civil français contemporain, sous la forme légale dont l'a revêtu le Code Napoléon, nous comprenons sans peine, que des institutions de première nécessité, telles que le domicile[2], la naturalisation[3], la légitimation[4], l'adoption[5], la subrogation à la suite de paiement[6], la séparation des patrimoines[7]..., etc., etc., impliquent, de leur nature même, des conceptions imaginaires ou des assimilations par l'idée, dont le législateur ne pouvait se déprendre en les consacrant, encore que sa formule s'abstînt le plus souvent de toute évocation fictive. — Lorsque celle-ci se présente, sinon sous le vocable même de fiction qu'on rencontre bien rarement dans nos textes[8], du moins sous des expressions, qui en rendent l'idée essentielle (est réputé..., est censé..., est considéré comme..., etc...), quand il ne

1. PAULI SENT, III, 4 A, § 8. — JULIANUS, D. *de Captivis et postliminio,* XLIX, 15, fr. 22, §§ 1 et 3. — ULPIANUS, D. *eod. tit.*, fr. 18. — Et, là-dessus, voy. P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain,* 6e éd., Paris, 1918, p. 196, texte et note 3.

2. Voy. ci-dessus, p. 399-400 (n° **246** α).

3. Voy. ci-dessus, p. 379, texte et note 5 (n° **243**).

4. Voy. ci-dessus, p. 383, texte et note 2 (n° **243**).

5. Voy. ci-dessus, p. 383, texte et note 1 (n° **243**).

6. Voy. ci-dessus, p. 383, texte et note 5 (n° **243**).

7. Voy. ci-dessus, p. 383, texte et note 4 (n° **243**).

8. On ne peut guère citer, comme une application nette, que celle de la représentation à l'effet de succéder d'après l'article 739 du Code civil français (voy. ci-dessus, p. 408-411 n° **246**, ζ). — Les opérations de comptabilité fictive, signalées par les articles 922 et 767, alinéa 6 (L. 9 mars 1891), du Code civil français, sont tout autre chose ; de même la tradition feinte prévue en l'article 1919 (voy. ci-dessus, p. 371-375 [n° **241**]).

s'agit pas simplement d'une présomption de droit[1], c'est bien parfois pour couvrir d'une supposition contraire aux faits une décision un peu choquante[2], mais c'est plus fréquemment encore pour signaler une assimilation contenant, de soi, précepte positif[3]. Il advient même, qu'à défaut de toute conception rationnelle précise[4], la formule de comparaison ne soit qu'un expédient terminologique[5], ou édicte simplement une règle de droit catégorique, qui pût tout aussi bien s'énoncer de façon plus directe[6]. — En définitive, le dehors de la fiction de droit trouve, dans notre technique législative, des emplois tellement variés, qu'on y voit presque disparaître la valeur spécifique du moyen, en même temps que l'on conçoit malaisément que le législateur puisse s'en départir tout à fait. C'est qu'il y a là sans doute un procédé, indispensable au jeu complet de l'instrument législatif, et que, s'il est permis d'en pour-

---

1. Voy., par exemple : art. 843, al. 2 (L. 24 mars 1898); art. 911, al. 2; art. 1045; art. 1064; art. 1100; art. 1211, al. 2; art. 1402; art. 1431; art. 1499 C. civ. franç. — *Adde :* L. 18 juin 1917, qui modifie L. 7 avril 1915, autorisant le gouvernement à rapporter les décrets de naturalisation, obtenus par d'anciens sujets de puissances en guerre avec la France, art. 1er, al. 2 et al. 4.

2. Par exemple, dans l'article 1, alinéa 3, du Code civil, les mots : « La promulgation... sera réputée connue » consacrent le caractère strictement obligatoire de la loi promulguée, en l'abritant sous la fiction : Nul n'est censé ignorer la loi. Comp. ci-dessus, p. 412, texte et note 2 (no **246**). — *Adde :* art. 847, al. 1 et 849, al. 1 ; art. 883 C. civ. franç.; art. 1178 C. civ. franç. — Loi précitée du 18 juin 1917 (sur les déchéances de naturalisation), article 1er, alinéa 5.

3. Voy., par exemple : art. 220, al. 2; art. 487; art. 522, al. 1 ; art. 525, al. 1 et 2; art. 535, al. 1 ; art. 569; 571 ; 573 C. civ. franç.

4. Voy., par exemple : art. 1176 C. civ. franç. — Quelquefois encore, la formule « est censé » contiendra une explication ou qualification de la règle légale : ainsi, dans l'article 1530, *in fine* du Code civil français.

5. Voy., par exemple : art. 538; art. 898 et 899; art. 1023; art. 1164 C. civ. franç.

6. Voy., par exemple : art. 586; art. 785; art. 906; art. 965; art. 1071; art. 1092; art. 1122; art. 1335, al. 4; art. 1463; art. 1527, al. 3; art. 1859-1o; art. 2162-2163; art. 2247 C. civ. franç.

suivre l'amoindrissement, il serait vain d'espérer sa disparition totale. Aussi bien, les législations civiles, les plus modernes, qui se sont proposé de ne statuer que sur des réalités, n'ont-elles pu éviter tout vestige des expressions fictives. Et, il a été possible d'en relever encore un nombre considérable, parmi les dispositions, à la forme généralement si serrée, du Code civil allemand de 1896[1].

Même en matière pénale, où les principes modernes recommandent au législateur une extrême réserve dans l'usage des concepts déformateurs des réalités[2], il advient que la forme de la fiction se soit glissée en quelques textes, pour assurer une détermination, adéquate au but, de cer-

---

1. Th. Kipp, sur B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9 A., t. I, Frankfurt a. M., 1906, § 67, *in fine*, p. 307, signale, comme contenant la notion ou la formule de fiction, les §§ 3; 84; 110; 142; 162; 212; 213; 214, al. 2; 215, al. 2; 216; 370; 389; 1063, al. 2; 1256, al. 2; 1341, al. 2; 1343, al. 1; 1422; 1479; 1699, al. 1; 1719; 1723; 1757; 2024 B. G. B. — J. Kohler (*Technik der Gesetzgebung*), dans *Archiv für die civilistische Praxis*, 1905, t. XCVI, p. 365-366, indique, de son côté, les §§ 142; 1324; 1325; 1328; 1341; 1343 B. G. B. — Voy. encore, sur certain rôle de la fiction. dans la législation en général, et particulièrement dans le Code civil allemand de 1896 : A. von Tuhr, *Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, t. I, Leipzig, Duncker u. Humblot, 1910, p. 24 (Einleitung, VI, 1). — On en trouve aussi, en dépit de ses tendances fondamentales (sur lesquelles voy. *Exposé des motifs de l'avant-projet du département fédéral de justice et police*, t. I, Berne, 1901, p. 11), dans le Code civil suisse du 10 décembre 1907. Voy. par exemple : art. 5, al. 2; art. 25, al. 1; art. 34; art. 134, al. 1; art. 196, al. 2; art. 248, al. 2; art. 482, al. 3; art. 541, al. 2; art. 566, al. 2. — *Adde :* Code fédéral des obligations, revisé le 30 mars 1911 : art. 4, al. 2; art. 6; art. 7, al. 3; art. 13, al. 2; art. 14, al. 2; art. 16, al. 1; art. 156; art. 158, al. 1 et 3; art. 201, al. 2 et 3; art. 229, al. 3; art. 268; art. 271, al. 3; art. 324, al. 1; art. 344, al. 1; art. 346; art. 370, al. 3; art. 395; art. 397, al. 2; art. 414; art. 437; art. 459, al. 1; art. 546, al. 3; art. 700, al. 1; art. 725, al. 2; art. 73[illegible], al. 2; art. 741, al. 2; art. 743, al. 2; art. 755, al. 3; art. 802, al. 2; art. 818, al. 3; art. 827, n° 8; art. 832, al. 2; art. 846, al. 1. — La plupart de ces dispositions ne consacrent, à vrai dire, que des présomptions de droit.

2. Comp. J.-A. Roux, note sous Conseil de guerre de la 68e division, 25 mai 1915, *Sirey*, 16. 2, p. 9 et 10; et note sous Crim. cass., 15 et 28 juin 1917, *Sirey*, 20, 1, p. 329, col. 2.

taines infractions [1], ou des conditions de leur punissabilité [2].

Finalement, si nous ne saurions recommander au législateur le faux-fuyant mensonger des fictions de droit, — comme nous avons pu faire la présomption légale, élément précieux et fécond de progrès, parce qu'elle tend à pénétrer, au moyen de la vraisemblance, des réalités obscures de la vie sociale [3], — il reste néanmoins, qu'en tant que procédant par comparaison et visant à une assimilation des valeurs juridiques, voire même comme simple forme de langage, la fiction ne peut être entièrement bannie d'un appareil de préceptes catégoriques, qui doit, pour régir la vie sociale, employer toutes les ressources de l'esprit et de la parole [4].

A plus forte raison, ne saurions-nous méconnaître l'opportunité de l'emploi des fictions, de la part de la doctrine et de la jurisprudence, investies de la mission de mettre en œuvre tous les éléments du droit positif, sans jouir, directement du moins, de la puissance créatrice reconnue incontestablement au législateur. Obligées de combler les lacunes de la loi écrite et de subvenir à tous les besoins

---

1. Voy., par exemple : Code pénal français, art. 303; art. 312, al. fin.; art. 390-392; art. 396, al. 2; art. 398.

2. Cons. Code pénal français, art. 2-3; art. 58, al. 3-4; art. 60-62; art. 285; art. 313; art. 329.

3. Voy. ci-dessus : chapitre septième, section I, p. 264-360, spécialement n° **235**, p. 314-334, *passim*.

4. Comp. R. Leonhard, *In wie weit giebt es nach den Vorschriften der deutschen Civilprozesz-Ordnung Fiktionen?* Berlin, 1880. — Th. Kipp, *Die Verurtheilung zur Abgabe von Willenserklärungen und zu Rechtshandlungen* (Festgabe der Kieler Juristen-Fakultät zu R. v. Jherings 50 jährigem Doktor-Jubiläum), Kiel, 1892, p. 31 et suiv. — A. Gallet, *Etude sur la fiction de rétroactivité dans le droit français*, thèse de doct. Droit, Poitiers, 1902-*1903*, première partie, p. 13-127. — E. Naquet, dans *Revue de l'enregistrement*, 1908, t. XVII, p. 150-153 (art. **4502**. De la fiction de l'effet déclaratif du partage et de ses conséquences). — R. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, 1911, p. 248-249. — L. Lecocq, *De la fiction comme procédé juridique*, thèse de doct. Droit, Paris, 1913-*1914*, p. 249.

juridiques de la vie sociale [1], comment y parviendraient-elles, sans ruser parfois avec une réalité trop rigide et l'infléchir, au moyen de concepts quelque peu imaginaires, vers des règles établies pour des situations différentes ? — Ainsi, et en attendant qu'elles aient découvert une représentation vraiment adéquate [2], elles seront entraînées, non seulement vers des comparaisons ou des explications de caractère théorique, facilitant l'extension à des cas nouveaux de notions préétablies ou acquises [3], mais, parfois, vers des suppositions de faits mensongers, nécessaires pour faire entrer une hypothèse intéressante dans un cadre juridique, qui ne la contenait pas jusqu'alors [4]. C'est de cette façon, par exemple, qu'a pu se développer assez récemment la théorie de la subrogation réelle [5], comme auparavant celle de la validité des actes de l'héritier apparent [6] ; sans parler de mille applications plus menues, qui ont fait voir, dans le procédé de la fiction, un instrument sans cesse employé par les auteurs ou par les arrêts [7]. — Et, comme ce sont là les propulseurs actifs des pratiques

---

1. Voy. Fr. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif,* Paris, 1899, 2e éd., 1919, *passim,* notamment troisième partie, chapitre premier, sections II-III.

2. Comp. ci-dessus, p. 391 (n° **243**), p. 411-414 (n° **246**).

3. Comp. L. Lecocq, *De la fiction comme procédé juridique,* thèse de doct. Droit, Paris, 1913-*1914*, p. 220-221, p. 234-243.

4. Comp. L. Lecocq, *op. cit.*, p. 219-233. Mais voy. *ibid.*, p. 250-254. — *Adde :* R. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé,* Paris, 1911, p. 249-251.

5. Comp. ci-dessus, p. 412, texte et note 2 (n° **246**).

6. Voy. notamment : 2 Civ. cass. et Civ. rej., 16 janvier 1843, *Sirey,* 43. 1. 97, D. P., 43. 1. 49 ; Civ. cass., et Civ. rej., 26 janvier 1897, *Sirey,* 97. 1. 313, D. P., 1900. 1. 33, avec note L. Sarrut, *Pand. périod.*, 1901. 1. 209 et note J. Charmont. — *Adde :* L. Crémieu, *De la validité des actes accomplis par l'héritier apparent,* dans *Revue trimestrielle de droit civil,* 1910, t. IX, p. 39-82. — *Adde,* sur l'explication par l'idée de fiction : E. Naquet, dans *Revue de l'enregistrement,* 1908, t. XVII, p. 153. — Voy. encore : A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français,* 2e éd., t. III, Paris, 1921, p. 454.

7. Voy. notamment, p. 379-390, *passim* (n° **243**). — *Adde :* E. Naquet, note sous Civ. cass., 24 octobre 1910, *Sirey,* 12. 1, p. 193-194.

accréditées, qui nous représentent la vie actuelle de la coutume juridique [1], il faut donc convenir que celle-ci, dans la mesure assurément fort limitée de l'influence dont elle jouit encore [2], participera, avec efficacité pratique, à maintenir, non sans utilité, le jeu des fictions dans l'organisation juridique moderne [3].

251. — Nous pourrons, maintenant, tirer quelques conséquences des considérations qui précèdent (ci-dessus, nos **248-250**), en cherchant à préciser le rôle de l'interprétation juridique, au sens le plus large du mot, dans la mise en œuvre des fictions, pour assurer le développement et le progrès du droit positif.

Placé en face des sources formelles, dont la seule vraiment typique et vivante demeure aujourd'hui la loi écrite, l'interprète n'hésitera pas à accepter les fictions, qu'elles expriment ou que supposent manifestement leurs dispositions. Et, il en déduira toutes les solutions positives qu'elles impliquent, en s'attachant aux motifs de fond qui les justifient et les expliquent, plutôt qu'à la formule, essentiellement factice, dont elles revêtent, en les déguisant, les réalités [4]. — Incontestablement, d'ailleurs, il doit se garder de supposer arbitrairement des fictions légales, non seulement en matière pénale, où tout commande de les restreindre aux termes des textes [5], mais également,

---

1. Comp. Fr. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899, nos **145-150**, p. 418-440 ; 2e éd., 1919, t. II, p. 29-56.

2. Voy. Fr. Geny, *Méthode d'interprétation*, 1899, n° **111**, p. 282-286, p. 290 (n° **113**), n° **123**, p. 334-338 ; 2e éd., 1919, t. I, p. 324-329, p. 333-334, p. 383-387.

3. Comp. A. Gallet, *Étude sur la fiction de rétroactivité dans le droit français*, thèse de doct. Droit, Poitiers, 1902-*1903*, deuxième partie, p. 129-173.

4. Comp. R. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, 1911, p. 246-247. — Et, pour l'application, voy. ci-dessus, nos **246-247**, p. 399-419.

5. Voy. J.-A. Roux, note sous Conseil de guerre de la 68e division,

bien qu'à un moindre degré, dans le règlement des intérêts privés, puisque, quelque légitime qu'elle soit en elle-même[1], la fiction reste, pour le législateur, un procédé anormal et d'usage rare[2]. — La fiction, proprement dite, tient assurément, dans la loi, une place moindre que la présomption de droit; car, tandis que celle-ci nous rapproche de la vérité, en généralisant des probabilités, en s'étayant à des vraisemblances, la fiction nous en écarte de parti pris et ne se justifie, même de la part du législateur, qu'à titre d'expédient, capable seulement, de procurer une solution désirable, au moyen d'un faux-fuyant qui doit rester exceptionnel[3].

Pour vivifier ces directions, un peu vagues, dans leur généralité flexible, on a posé des questions plus précises, dont il suffira de signaler ici quelques-unes, récemment agitées :

α) La fiction légale supposée reconnue, son interprétation doit-elle être, toujours et de parti pris, strictement étroite ? — Contre l'affirmative, longtemps tenue pour incontestable[4], on a élevé naguère une contradiction catégorique, en prétendant que les fictions, étant le plus sou-

---

25 mai 1915, *Sirey*, 16. 2. 9; et note sous Crim. cass., 15 et 28 juin 1917, *Sirey*, 20. 1, p. 329, col. 2.

1. Voy. ci-dessus, p. 425-426 (n° **249**).

2. Voy. plus haut, p. 427-428 (n° **250**).

3. Voy. plus haut, p. 428-432 (n° **250**).

4. Voy. notamment : ALTESERRA, *De fictionibus juris*, Parisiis, 1659, I, cap. V. — MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 5e éd., t. VI, Paris, 1830, v° Fiction. — ROLLAND DE VILLARGUES, *Répertoire de la jurisprudence du notariat*, t. III, Paris, 1828, v° Fiction, n°s **12-13**. — DALLOZ, *Répertoire alphabétique*, v° Fiction, *in fine*. — *Répertoire général alphabétique du droit français* d'Ed. FUZIER-HERMAN, v° Fiction, n°s **16-17**. — F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. IV, n° **253**; t. IX, n° **55** et n° **187**; t. XXI, n° **324**; t. XXII, n°s **352** et **360**. — M. DESSERTEAUX, *Essai d'une théorie générale de l'effet déclaratif en droit français*, thèse de doct. Droit, Dijon, *1908*-1909, p. 289, note 1. — Comp. ci-dessus, p. 420-423 (n° **248**). — Voy. aussi : L. LECOCQ, *De la fiction comme procédé juridique*, thèse de doct. Droit, Paris, 1913-*1914*, p. 244-245.

vent inspirées par un sentiment de justice ou d'utilité évidentes, méritent, à ce titre, d'être entendues et appliquées fort largement[1]. — Sous l'apparence, un peu paradoxale, de cette assertion, se cache, à mon avis, une idée exacte, qui permet de résoudre, de façon satisfaisante, la question posée. Il s'agit de savoir, avant tout, ce que recèle la fiction légale, dont l'interprétation est en jeu. Si c'est un principe utile ou juste, auquel le législateur ait imposé le manteau de la fiction, pour le faire plus aisément passer dans la vie, il convient, le découvrant et le prenant en lui-même, de lui reconnaître toute l'extension qu'il mérite[2]. Si, au contraire, on n'y pouvait voir qu'une solution empirique, arbitrairement décrétée par le législateur, tout recommanderait de la restreindre aux termes mêmes qui l'imposent. Autrement dit, la fiction légale, envisagée comme telle, — procédé artificiel de l'expression du droit, — comporte assurément une interprétation restrictive; l'idée rationnelle, qu'elle recouvre, et qu'il faut, autant que possible, en dégager, conserve sa valeur propre et doit, par là même, être entendue avec une faveur proportionnée à celle-ci[3].

β) La loi, qui édicte une fiction en vue de faciliter une solution pratique, peut-elle être tenue pour rétroactive, contrairement au principe général posé par l'article 2 du Code Napoléon? — Cette question, analogue à celle que nous avons vue malencontreusement posée au sujet des

---

1. Voy. notamment : E. Naquet (*De la fiction de l'effet déclaratif du partage et de ses conséquences*), dans *Revue de l'enregistrement*, 1908, t. XVII, p. 150-153 et p. 156 (art. **4502**). — Le même, dans note, sous Civ. cass., 24 octobre 1910, *Sirey*, 12. 1, p. 194, col. 1-2.

2. C'est, au fond, ce que soutient E. Naquet. Voy. *Revue de l'enregistrement*, 1908, t. XVII, p. 152-153, et *Sirey*, 12. 1, p. 194, col. 2 (note).

3. Comp. R. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, 1911, p. 246. — A. Henry, *De la subrogation réelle, conventionnelle et légale*, thèse de doct. Droit, Nancy, 1912-*1913*, p. 101-104.

présomptions de droit [1], semble, plus décidément encore, ne pouvoir être résolue que négativement. La fiction légale, — tout artificielle de sa nature, — ne peut produire effet avant d'avoir été édictée. Et, la règle de fond, qu'elle recouvrirait, si judicieuse, si pratique qu'on la suppose, ne saurait davantage régir le passé, contrairement au principe général porté pour toutes dispositions nouvelles. — Aussi bien, n'a-t-on pu tenter de faire échec à ces solutions incontestables, en soi, qu'en assignant à la disposition fictive, nouvellement formulée, un caractère interprétatif, qui eût suffi, s'il eût été reconnu, à la soustraire à la prohibition de l'article 2 du Code civil. Mais, parce que ce caractère interprétatif répugnait évidemment à la règle nouvelle, portée, à propos de la négociation de titres au porteur frappés d'opposition, par l'article 13, alinéa 3, de la loi du 15 juin 1872, tel que l'a rédigé la loi du 8 février 1902, article 1er, il est resté définitivement impossible d'appliquer cette règle aux négociations antérieures à la loi récente [2].

γ) Tout autre serait, en présence d'une fiction nettement portée par la loi, la question de savoir, si elle doit elle-même rétroagir, en ce sens que ses effets se reportent en deçà de l'époque où se trouvent réalisés les éléments qui la constituent. — Ici, la solution ne peut dépendre que du sens et du but de la fiction elle-même. Il est clair, par exemple, que, pour atteindre son objet propre, la fiction de l'effet déclaratif du partage doit nécessairement reporter ses effets à l'origine de l'indivision, toujours antérieure à l'acte de partage. Et, si l'on refuse en général de reconnaître aux enfants légitimés par le mariage subséquent de leurs parents la qualité d'enfants légitimes anté-

---

1. Voy. ci-dessus, p. 332-334 (n° **235**).
2. Voy. Civ. cass., 1er mai 1911, *Sirey*, 13. 1. 161. — Et, précédemment, dans la même affaire : Paris, 3 décembre 1902, *Sirey*, 1904. 2. 289, avec note A. Wahl, p. 290-291.

rieurement à l'acte de mariage [1], c'est sans doute parce qu'on considère que la fiction consiste à les supposer nés du mariage qui les légitime, tandis qu'on aboutirait à une solution différente, si l'on feignait que les parents fussent mariés, par anticipation, au moment de la naissance (ou même de la conception) de l'enfant [2].

δ) En tout cas, il semble qu'on ne fait guère plus que s'illusionner sur les mots, quand on déclare, avec les auteurs les plus graves, que « les fictions légales s'arrêtent aux limites de la possibilité légale » [3], de telle sorte que

---

1. Voy. notamment : C. Demolombe, *Cours de Code civil,* t. V, n° **368**. — F. Laurent, *Principes de droit civil français,* t. IV, n° **187**. — Aubry et Rau, *Cours de droit civil français,* § **546**, texte et note 27, 5e éd. E. Bartin, t. IX, Paris, 1917, p. 103. — M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil,* 8e éd., t. I, Paris, 1920, n° **1567**, p. 486. — A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français,* 3e éd., t. I, Paris, 1920, p. 348.

2. Telle était, ce semble, la doctrine du droit canonique, qui supposait, chez les concubins, l'intention de se marier, dès le moment de la conception de l'enfant. Voy. F. Laurent, *Principes de droit civil français,* t. IV, n° **187** ; comp. n° **164**. — A. Esmein, *Le mariage en droit canonique,* t. II, Paris, 1891, p. 41. — R. Génestal, *Histoire de la légitimation des enfants naturels en droit canonique* (Bibliothèque de l'Ecole des hautes-études. Sciences religieuses, vol. XVIII), Paris, 1905, p. 174-180 (théorie juridique de la légitimation). — La même idée est encore indiquée très nettement dans le *Discours préliminaire sur le projet de Code civil,* attribué, comme on sait, à Portalis. Voy. n° **63**, dans Locré, *Législation civile, commerciale et criminelle de la France,* Paris, 1827, t. I, p. 292. — Mais, la conséquence, qui devrait s'en déduire (rétroactivité du mariage au jour de la conception, ou, tout au moins, de la naissance), est décidément repoussée par Duveyrier, dans son discours au Corps législatif [Locré, t. VI, p. 314 (n° **33**)], qui, d'ailleurs, paraît reproduire l'ancienne doctrine française. Voy. J. Brissaud, *Cours d'histoire générale du droit français public et privé,* t. II, Paris, 1904, p. 1128, note 1. — Sur tout cela, comp. L. Lecocq, *De la fiction comme procédé juridique,* thèse de doct. Droit, Paris, 1913-*1914,* p. 144-146.

3. Aubry et Rau, *Cours de droit civil français,* § **545**, note 12. Comp. § **545**, note 9 ; 5e éd. E. Bartin, t. IX, Paris, 1917, p. 39, p. 37-38. — La pensée de MM. Aubry et Rau a été plus amplement expliquée par J. Ortlieb, note sous Poitiers, 19 juillet 1875, dans *Sirey,* 76. 2, p. 161, col. 2-3, qui la réfute nettement plus loin, p. 161, col. 3 et p. 162, col. 1.

leur portée devrait être bornée par les circonstances, qui feraient obstacle à la cohérence logique des conditions et effets, qu'elles impliquent, avec le système normal de dispositions législatives auquel elles se rattachent. — Semblable exigence répugne manifestement au jeu d'un procédé, consistant essentiellement à dénaturer les réalités de la vie sociale, en vue d'un but, jugé utile, qui doit primer toute considération de logique abstraite. Bien plus, elle serait de nature à compromettre, en mainte occasion, l'efficacité de notre instrument technique, parce qu'elle en méconnaîtrait les besoins de libre et simple développement, indispensables à son succès. — Si, donc, le bénéfice de la légitimité, établi par l'article 314 du Code Napoléon[1] au profit de l'enfant né dans les cent soixante-dix-neuf premiers jours du mariage, ne peut être maintenu au cas où la date de sa conception, déterminée d'après celle de sa naissance, suivant les présomptions de la loi, décèlerait une origine nécessairement adultérine et doit alors succomber, en dehors même d'un désaveu, devant toute contestation ouverte aux intéressés[2], c'est moins, par impossibilité de retrouver ici les éléments constitutifs d'une fiction[3], qui, tendant directement à la légitimité plutôt qu'à la légitimation[4], pourrait aussi bien, par la volonté toute-puissante de la loi, aller jusqu'à l'effacement du vice inhérent à la conception, mais simplement, parce que les exigences de la morale publique, telle que l'entend notre législateur, commandent de faire passer, avant toute extension *anormale* de la légitimité, la sainteté du lien conjugal, emportant condamnation des atteintes qui y

1. Voy. ci-dessus, p. 385, texte et note 1 (n° **243**).
2. Civ. cass. et Civ. rej., 28 juin 1869, *Sirey*, 69. 1. 446. — Lyon (ch. réun.), 6 avril 1870, *Sirey*, 70. 2. 109.
3. Comp. Aubry et Rau, *loc. supra* (p. 438, note 3) *cit.*
4. C. Demolombe, *Cours de Code-Napoléon*, t. V, n^os **57-64**. — Comp. J. Ortlieb, note sous Poitiers, 19 juillet 1875, *Sirey*, 76. 2. 161 et 162.

seraient portées, jusqu'à l'exclusion absolue de la reconnaissance légale pour toute filiation entachée du vice d'adultérinité [1].

Si l'interprète reste assujetti à une volonté externe, celle du législateur, quand il met en œuvre les fictions issues directement de la loi écrite (ou de la coutume) [2], il devient manifestement plus libre de ses décisions et, en quelque sorte, autonome, toutes les fois que, dépourvu de l'appui impérieux des sources formelles, il développe spontanément lui-même le droit positif, non strictement limité aux formules légales [3], par voie de libre recherche scientifique [4]. C'est alors surtout, nous l'avons vu [5], que la fiction joue son rôle d'instrument progressif de l'évolution du droit. Et, dans son maniement, l'interprète, auteur ou magistrat, n'est plus bridé que par les règles générales, que commande un judicieux emploi de ce procédé artificiel, en vue du but à atteindre. — C'est dire qu'il devra surtout serrer de plus près ce but de fond, et se garder de se laisser entraîner, par le mirage de la fiction, au delà de ce que requièrent les besoins profonds de justice et d'utilité, dont elle n'est que l'instrument. Et, tout en usant du procédé, pour subvenir aux défaillances inévitables de l'esprit, l'interprète ne devra pas oublier que, moins encore

---

1. Ceci n'est plus aussi vrai, depuis les lois du 7 novembre 1907 et du 30 décembre 1915, qui ont admis, en des cas assez nombreux, la légitimation des enfants adultérins.

2. Comp. Fr. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899, troisième partie, chapitre premier, n^{os} **91-154**, p. 206-456; 2e éd., 1919, t. I, p. 237-446, t. II, p. 1-73.

3. J'entends ici réserver le domaine pénal, où ne peut s'exercer la recherche indépendante de l'interprète. Voy. J.-A. Roux, note, sous Conseil de guerre de la 68e division, 25 mai 1915, *Sirey*, 16, 2, p. 9-10; et note sous Crim. cass., 15 et 28 juin 1919, *Sirey*, 20. 1. p. 329, col. 2.

4. Voy. Fr. Geny, *Méthode d'interprétation*, Paris, 1899, 2e éd., 1919, troisième partie, chapitre second, n^{os} **155-176**.

5. Ci-dessus, p. 422-423 (n° **248**); p. 423-424 (n° **249**); p. 432-434 (n° **250**).

que la présomption de droit, basée sur des vraisemblances, la fiction, qui dénature de parti pris la vérité, ne saurait être développée pour elle-même, qu'elle n'est qu'un concept approximatif, dont les conséquences demandent à être constamment bridées et mesurées, et qu'elle ne peut dispenser que provisoirement de la recherche du concept, vraiment adéquat à la réalité, qui doit demeurer l'objectif constant du jurisconsulte[1].

252. — En dehors de ces sources, qu'on peut appeler *autoritaires,* parce qu'elles *imposent* les solutions de droit, suivant leur puissance reconnue (loi écrite, coutume, doctrine, jurisprudence, recherche scientifique), n'admettrons-nous pas que la fiction de droit puisse être créée ou développée *par la volonté libre de l'homme,* dans la mesure où celle ci jouit d'une autonomie productrice d'effets juridiques, notamment sous forme de convention ou de testament?

L'opinion traditionnelle — à tendances nettement restrictives — n'admet ce moyen de constituer des fictions, qu'autant qu'il est formellement autorisé par la loi[2]. Et,

1. Voy. ci-dessus, p. 411-414 (n° **246**); *Adde :* n° **247**, p. 414-418. — Comp. R. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé,* Paris, 1911, p. 241-248, p. 249-251. — L. Lecocq, *De la fiction comme procédé juridique,* thèse de doct. Droit, Paris, 1913-*1914,* p. 245-246. — De même, les *fictions de formes* (signalées plus haut, p. 371-374 [n° **241**]) disparaissent devant la formalité directement adéquate au but, lorsqu'elle est trouvée. C'est ainsi que le « *decret volontaire* » de notre ancienne pratique (ci-dessous, p. 372, texte et notes) perdit sa raison d'être depuis les « *lettres de ratification* », introduites par l'édit de juin 1771, et d'où est sortie notre procédure de purge volontaire des hypothèques. Voy. J. Brissaud, *Cours d'histoire générale du droit français public et privé,* t. II, Paris, 1904, p. 1517.

2. Voy. notamment : Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence,* v° Fiction, 5e éd., t. VI, Paris, 1830, p. 671, col. 2 : « On appelle *fiction de droit* une fiction introduite ou autorisée par la loi », et v° Subrogation de chose, t. XVI, 1830, p. 431, col. 2 : « Les fictions légales sont de droit étroit; elles ne peuvent être établies que

c'est ainsi que se présentent, incontestablement valables, l'ameublissement ou la réalisation, des biens d'époux mariés en communauté, en vertu de clauses abritées derrière le principe légal de la liberté des contrats de mariage[1], la subrogation réelle par échange ou par remploi de propres d'après les articles 1407 et 1434-1435 du Code Napoléon, comme aussi l'élection de domicile (art. 111 C. civ. franç.), l'adoption (art. 343 et suiv. C. civ. franç.), ou l'immobilisation de certains titres (actions de la Banque de France) par la déclaration du propriétaire autorisée de la loi (L. 16 janvier 1808, art. 7; L. 17 mai 1834, art. 5). A vrai dire, d'ailleurs, dans les cas de ce genre, la fiction, conventionnelle en apparence seulement, n'est pas autre chose que le prolongement d'une fiction légale, puisque la loi elle-même définit et précise les conditions de son jeu. — Il faut aussi mettre à part les hypothèses, où la volonté de l'homme n'intervient que pour simplifier, par des suppositions imaginaires, des exigences de forme, dont la loi même abandonne implicitement le jeu à la liberté des arrangements convenus, comme la tradition feinte (art. 1919 C. Napoléon), les actes simulés, etc...[2].

Mais, il peut sembler que tout cela n'offre qu'un champ d'application bien restreint aux fictions juridiques, issues du « fait de l'homme ». Et, l'on en vient à se demander si ce fait ne pourrait pas contribuer plus activement, plus directement aussi, au développement d'un procédé, apte, comme nous l'avons vu, à faire passer, dans la vie juridique, des solutions justes ou utiles. — Cette question s'est posée, par exemple, à propos de la subrogation réelle, qui, par certains côtés, tout au moins, ne saurait échapper à la notion

---

par la loi ou par des conventions que la loi autorise. » — Grenoble, 27 février 1834, *Sirey*, 34. 2. 367, reproduit littéralement ce dernier passage de Merlin.

1. Voy. Merlin, *Répertoire*, v[is] Ameublissement, Immobilisation, Réalisation. — C. civ. franç., art. 1387; art. 1500-1509.

2. Voy. ci-dessus, p. 371-374 (n° **241**).

de fiction[1]. Les dispositions normales de volonté, se produisant en forme de convention ou de testament, ne peuvent-elles, par elles-mêmes, — et indépendamment du rôle que leur assigne formellement la loi au cas d'échange ou de remploi, par exemple, — créer des applications nouvelles de subrogation réelle? On aurait, ainsi, à côté de la subrogation réelle légale, une subrogation réelle, librement conventionnelle, fiction utile pour assurer, par le maintien de leurs qualités juridiques (du moins celles dites extrinsèques), l'affectation, pleinement adéquate au but, de certains biens matériellement substitués à d'autres, notamment dans le cas d'une fondation[2]. — Même question sur le problème de la personnalité morale. N'y aurait-il pas quelque place à faire à la volonté privée, organisant des associations ou des œuvres à but collectif, dans la constitution de cette fiction, qui élargit de façon si précieuse la notion du sujet de droit[3]?

La question, ainsi présentée, — qu'on peut étendre à la plupart des hypothèses de fiction, — apparaît, en réalité, mal posée. Ou, plutôt, elle déborde manifestement le cadre

---

1. C'est ce qui me paraît certain — d'après ma notion de la fiction de droit (voy. ci-dessus, p. 367-371 [n° **241**]), et en dépit des efforts poursuivis, en sens contraire, par A. HENRY, *De la subrogation réelle, conventionnelle et légale*, thèse de doct. Droit, Nancy, 1912-*1913*, p. 95-104 et p. 377-391. D'ailleurs, s'il refuse à la subrogation réelle la nature de la fiction de droit, cet auteur n'y voit qu'*un procédé de technique juridique* (*ibid.*, p. 392-394). Ce qui suffit pour maintenir, dans ses termes essentiels, le problème que nous envisageons ici.

2. Voy. la dernière jurisprudence signalée par E. BARTIN, sur AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, § **575**, *in fine*, texte et note 12 *bis*, 5e éd., t. IX, Paris, 1917, p. 345-346. Il ne me semble pas, en dépit des explications du savant annotateur, que cette jurisprudence soit conforme à la doctrine d'AUBRY et RAU. Ceux-ci n'admettaient la convention des parties, à établir une subrogation réelle, que si la loi l'autorisait sous certaines conditions (*ibid.*, p. 345, al. 3). — Mais, voy. plutôt H. CAPITANT (*Essai sur la subrogation réelle*), dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1919, t. XVIII, p. 389, p. 394-409, p. 416.

3. Comp. ci-dessus, p. 413, texte et notes 1 et 2 (n° **246**).

étroit de la fiction juridique, pour toucher au vif le grand problème de la création du droit objectif et du rôle des volontés particulières dans cette création.

En effet, il s'agit de savoir si la volonté privée, dans l'exercice de l'autonomie qui lui appartient [1], a pouvoir de constituer de véritables règles de droit, s'imposant, comme telles, à tous les sujets, sous la sanction, au besoin coercitive, de l'autorité publique. — *A priori*, la négative est évidente. Et, quand nous voyons les vouloirs humains, en la forme des actes de volonté reconnus efficaces, intervenir dans le domaine juridique, ce n'est que pour fournir, modifier ou détruire, des éléments sociaux, qui constituent la matière propre du droit objectif. Ainsi, sans doute, ils contribuent indirectement à l'élaboration de celui-ci, mais ils ne sauraient figurer parmi ses sources proprement dites, puisqu'ils sont manifestement dépourvus de toute vertu coactive pour l'ensemble de la communauté juridique. En principe, d'ailleurs, ils ne visent que des résultats positifs, tout à fait concrets, et, par suite, ne recourent pas, en général, à la fiction. Mais, supposé qu'ils s'avisent d'employer ce procédé, le résultat ne peut être que d'accentuer, par la déformation consciente des choses, leur influence sur les éléments de solution, qu'ils informent, jamais de donner à leurs propres dispositions, étrangères à la réalité, le caractère de préceptes impératifs.

Si, donc, on a pu considérer que la volonté de l'homme, marquant certains biens d'une affectation précise, pouvait, par là, accroître le champ de la subrogation réelle [2], ce n'était pas qu'elle engendrât comme une fiction nouvelle,

---

1. Cons. ici : E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé,* thèse de doct. Droit, Dijon, 1911-*1912*.

2. Voy., par exemple, A. Henry, *De la subrogation réelle, conventionnelle et légale,* thèse de doct. Droit, Nancy, 1912-*1913*, titre deuxième, chap. I, p. 124-151 ; chap. VI, p. 234-262. — Comp. H. Capitant (*Essai sur la subrogation réelle*), dans *Revue trimestrielle de droit civil,* 1919, t. XVIII, p. 389, p. 401-406.

qui se fût imposée par le seul jeu du principe d'autonomie. La vérité est seulement, qu'en influant sur la destination économique des choses, suivant sa compétence propre, l'acte juridique privé fournissait aux organes créateurs du droit positif (loi, coutume, doctrine ou jurisprudence, et, subsidiairement, recherche scientifique), un élément capable de justifier, de leur part, l'extension d'une institution resserrée jusque-là en des limites trop étroites. Et, si cette institution se présente sous l'aspect — d'ailleurs contesté — d'une fiction de droit [1], ce n'est pas la volonté privée, — se fût-elle exprimée sur ce point, — qui eût pu justifier, de ce chef, l'adaptation d'un moyen technique, par lequel le législateur (ou ses succédanés) traduit, en toute indépendance, la règle de droit qu'il édicte.

De même, ne saurait-on voir, dans le jeu des volontés particulières, qui constituent les groupements ou les œuvres, placées sous le régime de la personnalité morale, ni la source de cette institution juridique, ni le principe de la fiction servant à sa mise en œuvre, mais simplement un ensemble de faits ou circonstances de nature à élargir le champ de l'institution même.

En définitive, — et d'une façon plus générale, — puisqu'elle n'est qu'un procédé artificiel, destiné à traduire — provisoirement du moins — une règle juridique, la fiction de droit doit — dans cette application spécifique — être réservée aux organes de l'autorité, seule compétente pour former ou développer la règle du droit positif. Et, si largement qu'on envisage ces organes, ils ne comprennent assurément pas les volontés privées, se mouvant dans le vaste domaine laissé à leur autonomie.

253. — Les présomptions et fictions de droit — dont nous terminons ici l'examen — nous ont montré, en des

1. Voy. ci-dessus, p. 412, texte et note 2 (n° **246**).

applications précises et poursuivies jusqu'à l'extrême, les représentations conceptuelles contribuant à l'affinement du droit positif.

Partie de la justification probatoire des faits, qu'elle tend à faciliter et à simplifier pour y permettre l'adaptation du droit, sous la réserve normale d'une preuve contraire [1]; la présomption peut, en excluant celle-ci, consacrer un état de chose manifestement opposé, dans tels cas possibles, à la vérité objective (présomption *juris et de jure*, ou irréfragable) [2]. Bien mieux, dès qu'elle dépasse le domaine de la preuve, elle se transforme en un principe indépendant, qui, s'il sert d'explication rationnelle à une règle concrète de droit, lui assigne, grâce à son élasticité généralisatrice, une portée supérieure à sa formule [3]. — La fiction va plus loin encore. Faisant litière des vraisemblances, elle heurte, de parti pris, les réalités les plus certaines, pour appliquer, par voie de comparaison forcée ou de supposition imaginaire, à une situation, qui paraît mériter reconnaissance juridique, les règles d'une situation franchement différente [4]. — En tous ces cas, du plus timide au plus osé, apparaît bien la force de l'idée, qui assujettit les faits de la vie sociale, en vue de les faire entrer dans le monde des catégories préconstituées du droit positif.

Il n'est donc pas étonnant, que, dans une illustration plus pleine et plus serrée, cette étude ait, en définitive, confirmé les conclusions de la critique générale, précé-

---

1. Voy. ci-dessus, p. 281, texte et note 2 (n° **232**) et p. 297, texte et notes 2-3 (n° **234**). — *Adde :* n°s **230-233**, p. 264-296.

2. Voy. ci-dessus, p. 296-300 (n° **234**).

3. Voy. ci-dessus, n°s **237-239**, p. 339-360.

4. Voy. le chapitre septième [XXI], section II, n°s **240-252**, p. 360-445. — *Adde* spécialement, sur le rapprochement des présomptions et des fictions de droit : p. 299 texte et note 3 (n° **234**); p. 345, note 1 (n° **237**); p. 347-351 (n° **238**); p. 360 (n° **240**); p. 388-390 (n° **243**); p. 435 (n° **251**), p. 440-441 (n° **251**).

demment esquissée [1], du rôle des concepts, parmi les opérations de la technique juridique. — Ici encore, sous la forme nettement accentuée de présomptions ou de fictions de droit, les concepts se sont montrés instruments nécessaires de la mise en œuvre pratique du droit, non seulement à titre descriptif et statique, mais tout autant d'un point de vue productif et dynamique. — Toutefois, ces artifices de l'esprit créateur, en tant précisément qu'ils transforment les réalités au lieu de les représenter simplement, sont d'un maniement délicat, et parfois dangereux. Ils ne restent légitimes dans leur principe et opportuns dans leur emploi, que si, ayant égard à leur caractère de moyens techniques, on contrôle incessamment leur jeu, par l'appréciation de l'influence qu'ils exercent sur les intérêts supérieurs et de fond qu'ils doivent assurer, et qu'à la condition qu'on sache, au besoin, les assouplir, de façon à faire prévaloir, en toutes occurrences, le juste objectif, quelles que soient les déformations subies par l'idée.

1. Voy. ci-dessus : chapitre sixième [XX], nos **214-227**, p. 175-257.

CHAPITRE HUITIÈME (XXII)

LE LANGAGE (MOTS ET PHRASES) INSTRUMENT DE LA TECHNIQUE JURIDIQUE

Sommaire : **254**. Rôle de la langue (écrite ou parlée), dans la technique du droit. Importance restreinte du sujet. — **255.** Explication de ce rôle, pour les divers domaines de l'activité juridique. La formule. — **256.** Observations générales, tendant à préparer l'élaboration de la linguistique juridique. — **257.** Directions à suivre dans cette élaboration. — **258.** Variétés des concepts incorporés dans les mots et formules juridiques. Conséquences pour le choix de ces expressions. — **259.** Application à certaines expressions, traduisant des notions d'ordre économique, moral, politique. — **260.** Application à des expressions juridiques tirées du langage commun. Élaboration du style et des formules juridiques.

254. — Les mots, et leurs agencements, en phrases suivies, se présentent, au cours de toute élaboration juridique, comme un prolongement, pratiquement nécessaire, des concepts[1]. Ceux-ci ne s'extériorisent et ne deviennent communicables que par le langage[2]. A vrai dire, il paraîtra même souvent malaisé de séparer la pensée de sa traduction verbale, qui, seule, la parfait en l'acheminant à son but. — Pourtant, la distinction des deux choses

1. Comp. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, I, Paris, 1914, n° **51**, p. 150-152.

2. Le langage dépend des idées et de leur relation, qui lui sont antérieures. L. Couturat (*La logique et la philosophie contemporaine*), dans *Revue de métaphysique et de morale*, 1906, t. XIV, p. 327-328.

est réelle, puisque le travail producteur de la règle de droit se contient essentiellement dans l'esprit, dont la langue n'est que l'instrument, capable, tout au plus, d'affiner les préceptes, qu'elle manifeste et qu'elle transmet[1]. Aussi, convient-il d'envisager à part les modes de l'expression linguistique, terminologie et phraséologie entre autres, comme des procédés *sui generis* de la technique juridique[2].

Que nous trouvions ici une nouvelle application de la notion de technique, telle qu'elle a été précisée plus haut[3] on n'en doutera pas, si l'on considère que, sur une base naturelle très réduite, le langage se construit par une série d'artifices, où l'ingéniosité de l'homme déploie toute sa féconde puissance[4]. Et, c'est le sentiment de cette force, inhérente au développement de la parole humaine, qui nous pousse à en employer toutes les ressources, pour réaliser les tâches les plus ingrates et les plus variées, que nous propose la vie sociale. — Aussi bien, n'est-ce pas là un phénomène exclusivement propre à la jurisprudence. Toutes

1. C'est pourquoi il faut éviter de voir, dans les concepts ou les fictions de droit, de simples expédients terminologiques. Comp. ci-dessus, p. 244, note 5, *in fine* (n° **225**); p. 377, texte et note 2 (n° **242**); p. 388, texte et notes 2-3 (n° **243**); et ci-après p. 467, note 1, *in fine* (n° **258**).

2. Voy. le renvoi fait ci-dessus, p. 187 (n° **217**).

3. Voy. ci-dessus, n°s **182-184**, p. 16-26.

4. C'est le résultat général, le plus net, des études poursuivies, avec tant de soin et de méthode, touchant la formation et le développement du langage (voy. ci-après, p. 451, texte et note 2 [n° **254**]), surtout depuis qu'on a à peu près renoncé à pénétrer le mystère philosophique de son origine. — Cons., sur ce dernier point : J. Grimm, *Ueber den Ursprung der Sprache*, Berlin, 1 A., 1852; 2 A., 1857. *De l'origine du langage*, trad. F. de Vegmann, Paris, 1858. — E. Renan, *De l'origine du langage*, 6e éd., Paris, 1883. — Et comp. W. D. Whitney, *La vie du langage*, Paris, 1875, chapitre XIV, Nature et origine du langage, p. 229-254. — Voy. surtout : Th. Ribot, *L'évolution des idées générales*, Paris, 1897, *passim*, notamment p. 2, p. 14-15, p. 16, p. 33-34, p. 49-54, p. 58-64, p. 65-98, p. 109-112, p. 127-154, p 251-252.

les fois qu'il y a lieu de faire passer dans la pratique les résultats de la connaissance scientifique des choses, mieux encore, s'il s'agit de tracer à l'homme des règles qui dirigent efficacement sa conduite, le langage intervient, avec la variété et la complexité de ses artifices, comme le moyen, à la fois indispensable et susceptible des effets les plus riches, surtout si l'on sait dégager et isoler de la langue commune une langue technique, s'adaptant spécifiquement à sa fin[1]. — Et, c'est parce que le droit nous présente la discipline, la plus nettement caractérisée, de la vie de l'homme en société, que le rôle technique du langage s'y offre tout particulièrement en relief[2].

Sans doute, la langue n'a plus aujourd'hui le rôle, symbolique et plastique, qui, aux époques primitives de l'histoire juridique, connue de nous, en fait comme la pièce la plus essentielle du formalisme[3]. Mais, dans sa mission

1. C'est le cas de rappeler ici la vérité, que Gœthe a su envelopper dans les paroles sarcastiques de Méphistophélès :

Im ganzen, — haltet Euch an Worte !
Dann geht Jhr durch die sichre Pforte
Zum Tempel der Gewissheit ein.
— Doch ein Begriff musz bei dem Worte sein. —
Schon gut ! Nur musz man sich nicht allzu ängstlich quälen ;
Denn eben wo Begriffe fehlen,
Da stellt ein Wort zur rechten Zeit sich ein.
Mit Worten läszt sich trefflich streiten,
Mit Worten ein System bereiten,
An Worte läszt sich trefflich glauben,
Von einem Wort läszt sich kein Jota rauben.

(*Faust*, Erster Theil, im Studierzimmer).

2. Il faut, d'ailleurs, se garder de ramener toute la technique juridique à une question de langage, comme le font certains auteurs. Voy. notamment : E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, thèse de doct. Droit, Dijon, 1911-*1912*, p. 205. — L'ensemble du présent travail proteste contre l'étroitesse de ce point de vue. — Voy. pourtant encore : R. Stammler, *Theorie der Rechtswissenschaft*, Halle, 1911, p. 563-582 (siebenter Abschnitt, **2-5**), qui réduit la technique à l'expression juridique (der rechtliche Ausdruck). Comp. ci-dessus, p. 10, texte et note 2 (n° **180**).

3. Cons. ici : W. Arnold, *Cultur und Rechtsleben*, Berlin, 1865,

propre, d'instrument de précision et de communication des pensées, qui lui reste seule à l'heure actuelle, apparaît mieux encore cette valeur spécifique, par où se marque son influence profonde, entre les créations de la technique juridique fondamentale [1].

Nous n'avons pas ici à considérer les aspects, nombreux et variés, de la linguistique (phonétique, morphologie, syntaxe, sémantique), ni à rappeler les progrès accomplis, sur chacun d'eux, par les travaux des savants modernes [2].

---

p. 288-291 et p. 298-313. — Comp. R. von JHERING, *Geist des römischen Rechts*, zweiter Theil, zweite Abtheilung, 4 A., Leipzig, 1883, p. 441-449 (§ **44**); p. 562-564 (§ **47**); p. 577-625 (§§ **47** *a*-**47** *b*). *L'esprit du droit romain*, trad. de MEULENAERE, t. III, 3e éd., Paris, 1887, p. 134-141 (§ **49**); p. 254-256 (§ **53**); p. 269-317 (§§ **54-55**); — et, sur l'importance attachée à la terminologie par les anciens juristes de Rome : Ed. CUQ, *Les institutions juridiques des Romains*, t. I. L'ancien droit, Paris, 1891, p. 466, p. 717, p. 722, p. 730, p. 731 (comp. 2e éd., 1904, p. 164-165). — A l'origine, le langage, plus naturel qu'artificiel, exprime des sentiments, des passions plutôt que des concepts ou des idées. Voy. Ch. LAHR, *Cours de philosophie*, 11e éd., Paris, 1911, t. I, p. 309-310.

1. Sur la technique juridique fondamentale, voy. ci-dessus, n° **186**, p. 30-31. — Comp., pour ce qui est dit au texte du rôle technique de la terminologie juridique : R. von JHERING, *Geist des römischen Rechts*, zweiter Theil, zweite Abtheilung, 4 A., t. III, Leipzig, 1883, p. 331-332 (§ **38**). *L'esprit du droit romain*, trad. de MEULENAERE, 3e éd., t. III, Paris, 1887, p. 24-25 (§ **43**).

2. Voy., entre autres : Max MÜLLER, *La science du langage* (cours professé à Oxford en 1861), trad. par G. HARRIS et G. PERROT, 3e éd. (sur la 8e éd. anglaise), Paris, 1876. — *Nouvelles leçons sur la science du langage* (cours professé à Oxford en 1863), trad. par G. HARRIS et G. PERROT, Paris, 1867 et 1868. — W. D. WHITNEY, *La vie du langage*, Paris, G. Baillière, 1875. — H. PAUL, *Principien der Sprachgeschichte*, 2 A., Halle, 1886. — A. DARMESTETER, *La vie des mots étudiée dans leurs significations*, 3e éd., Paris, 1889. — F. GARLANDA, *La filosofia delle parole*, Roma, 1890, 2e éd., 1906. — V. HENRY, *Antinomies linguistiques* (Bibliothèque de la Faculté des lettres de Paris, II), Paris, 1896. — M. BRÉAL, *Essai de sémantique* (science des significations), 2e éd., Paris, 1899. — W. WUNDT, *Völkerpsychologie*, t. I (erster und zweiter Teil, 2 vol.), *Die Sprache*, 2 A., Leipzig, 1904. — R. DE LA GRASSERIE, *Essai d'une sémantique intégrale*, Paris, 1908. — A. DAUZAT, *La langue française d'aujourd'hui*, Paris, 1908. — *La vie du langage*, Paris, 1910. — *La philosophie du langage*, Paris, 1912. — *La défense [illegible] langue*

Mais, nous plaçant en présence de leurs résultats les plus saillants, tels qu'ils sont entrés dans la connaissance commune, et escomptant, en quelque sorte, leur adaptation aux matières juridiques, nous voudrions seulement montrer comment le langage, cette institution si importante de la vie sociale, fournit au droit positif une source propre et distincte de technique, rechercher quelle tâche spéciale s'impose, de ce chef, au jurisconsulte, dans ses rôles divers (législateur, juge, praticien, interprète désintéressé), enfin découvrir, en quelques applications, le témoignage ou la justification concrète de ces vues théoriques[1].

Au surplus, je compte insister peu sur ce sujet. J'en ai deux raisons principales, qui se rejoignent et se complètent, pour me recommander ici une grande sobriété de développements. — La première et la plus décisive, c'est qu'afin de déterminer nettement la part de la langue dans l'élaboration technique du droit, il faudrait une solide formation de philosophe, de grammairien et de linguiste, que je sens me manquer tout à fait, n'ayant pu me munir ici que de notions générales, extrêmement superficielles, et réduit, pour le surplus, aux résultats de mes seules réflexions. — A quoi s'ajoute, que, d'après mes observations, mon expérience, voire même les conclusions les plus avérées de la science du langage, nos efforts ne peuvent

---

française, Paris, 1912. — A. Meillet, *Les méthodes de la linguistique*, dans *La Revue du mois*, 10 août 1910, t. X, p. 129-161. — F. de Saussure, *Cours de linguistique générale*, Paris et Genève, et là-dessus : A. Sechehaye, *Les problèmes de la langue à la lumière d'une théorie nouvelle*, dans *Revue philosophique*, juillet 1917, t. LXXXIV, p. 1-30. — Comp. Kr. Nyrop, *Grammaire de la langue française*, Copenhague, Leipzig, Paris, New-York, 1899-1913. — F. Brunot, *Histoire de la langue française des origines à 1900*, Paris, 5 tomes parus, 1905-1917.

1. On trouvera quelques indications précieuses, sur l'importance du langage dans les déclarations juridiques de volontés (lois ou actes privés), chez E. Danz, *Einführung in die Rechtssprechung*. Anleitung für jungen Juristen, Jena, G. Fischer, 1912, § **4**, p. 8-11. — *Adde* : E. Danz, *Die Auslegung der Rechtsgeschäfte*, Jena, G. Fischer, 1897 (3 A., 1911), §§ **22-23**.

avoir, en cette matière, qu'une portée extrêmement limitée, la volonté la plus décidée étant ici dominée par les contingences supérieures, qui règlent, de façon encore si mystérieuse, non seulement les modifications phonétiques, mais aussi bien l'évolution du vocabulaire, des formes grammaticales, ou des agencements syntaxiques. Car, si l'on peut parfois reconnaître, dans les formations linguistiques, certaine influence de l'intelligence accommodant la parole humaine à ses fins sociales [1], il demeure évident, malgré tout, que des forces inconscientes, des accidents imprévisibles, même de véritables hasards, déterminent seuls le sens définitif des courants dominateurs [2]. Et, dans le mouvement compliqué de la vie juridique, où, en raison même du but à atteindre, tant d'influences populaires et pratiques viennent entraver ou contrarier l'œuvre réfléchie du juriste désintéressé, nous devons, *a priori*, nous attendre à ce que tout effort conscient, en vue d'améliorer la langue, suivant les exigences techniques, se heurte à des obstacles le plus souvent invincibles. — Assurément, cette observation ne diminue pas l'intérêt des études, beaucoup trop négligées, à mon sens, qui tendraient à découvrir, dans les variations de la langue juridique, les traits les plus intimes du déve-

1. C'est tout ce qu'on a pu établir, en recherchant le rôle de l'intelligence humaine dans la formation et le développement du langage. — Voy. notamment : M. Bréal, *Essai de semantique* (science des significations), Paris, 1899, p. 2-3, p. 7-8, p. 14, p. 22, p. 29-30, p. 39, p. 42, p. 67, p. 96-97, p. 99-100, p. 108, p. 110, p. 111, p. 112-113, p. 116-117, p. 134, p. 196, p. 210, p. 220, p. 221, p. 235-237, p. 253, p. 254, p. 263-265, p. 270-280. *Adde :* p. 297-304 (Qu'appelle-t-on pureté de la langue?); p. 306-307, p. 315-316, p. 337-339 (L'histoire des mots). — Voy. aussi W. D. Whitney, *La vie du langage,* Paris, 1875, chap. VIII, Comment se créent les mots, p. 112-126.

2. Voy. notamment : A. Darmesteter, *La vie des mots étudiée dans leurs significations,* 3e éd., Paris, 1889, p. 117, p. 120, p. 126, note 1, p. 168-169, p. 171-172, p. 198, note 1. — A. Dauzat, *La langue française d'aujourd'hui,* Paris, 1908, p. 22, p. 28, note 1, p. 29, p. 44, note 2, p. 52-53, p. 144, note 1, p. 224, p. 238-241, p. 243, p. 247. — *La philosophie du langage,* Paris, 1912, p. 2, p. 63-65, p. 75, p. 112-118, p. 163, p. 280, p. 314, p. 323-324.

loppement même du droit. Mais elle suggère, pour les résultats d'un travail, à visées strictement pratiques, tel qu'est le nôtre, certain scepticisme, qui, nous gardant d'espoirs trop vastes, justifie, en même temps, une étroite limitation de notre effort[1].

Sans, pourtant, nous décourager d'avance, nous nous résignerons à ne produire ici, sur les points indiqués plus haut, que quelques brefs aperçus, touchant moins l'étymologie et la grammaire, qu'une sémantique extrêmement simple et dirigée seulement par les exigences générales de la technique du droit.

255. — Le langage intervient, comme instrument technique essentiel, dans la mise en œuvre du droit positif, par cette raison que celui-ci, tendant, avant tout, à faire passer certaines règles de conduite extérieure dans la vie pratique de l'humanité[2], doit avoir prise sur les volontés, par le moyen de l'intelligence, seule capable de diriger les mouvements de celles-ci, en suggérant les motifs qui les puissent déterminer. Or, ces motifs eux-mêmes se traduisent nécessairement en concepts; et les concepts se communiquent normalement d'esprit à esprit, par le moyen des mots et des phrases, qui les incorporent et les rendent assimilables suivant les lois naturelles de la langue[3]. — En même temps qu'elle opère ainsi la transmission des injonctions contenues en tout précepte de droit, la parole précise et confirme les idées, qui leur servent d'armature logique[4]. Son revêtement ferme, uniforme, susceptible de

1. Voy., d'ailleurs, pour une comparaison directe entre le langage et le droit : A. Levi, *Filosofia del diritto e tecnicismo giuridico*, Bologna, 1920, § **18**, p. 69-74.

2. Comp. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, I, Paris, 1914, n° **16**, p. 47-52. *Adde :* p. 43-47 (nos **13-15**).

3. Comp. E. Zitelmann, *Die Gefahren des bürgerlichen Gesetzbuches für die Rechtswissenschaft*. Rede, Bonn, 1896, p. 15-17. — E. Danz, *Einführung in die Rechtsprechung*, Jena, 1912, p. 8-11 (§ **4**).

4. Comp. E. Renan, *Histoire générale et système comparé des langues*

s'assouplir aussi, procure, au mieux, cette « *réalisabilité* » pleine et sûre, voire cette « *praticabilité* », du droit, où nous avons vu le but capital de la technique juridique[1]. Elle comporte, suivant sa nature propre, tous les *desiderata* généraux de celle-ci[2]. Elle reste exposée aux mêmes dangers, qu'atténuent les mêmes correctifs[3]. — Bref, sans se confondre, ni avec les formes proprement dites[4], ni même avec les procédés purement intellectuels[5], placé au-dessus des catégories réelles[6], aussi bien que des sources formelles du droit positif[7], contribuant à parfaire tous les autres moyens techniques, tout en conservant son rôle propre, le langage nous apparaît, en ses diverses parties (termes et phrases), comme l'instrument le plus indispensable de mise à effet des éléments substantiels du droit[8], à tel point que, prise dans son ensemble, la technique juridique aboutisse, pour la plus grande part, à une question de terminologie[9].

---

sémitiques, 2e éd., Paris, 1858, préface, p. IX. -- *De l'origine du langage,* 6e éd., Paris, 1883, p. 56, p. 92, p. 100.

1. Voy. ci-dessus, p. 34-35 (no **188**).

2. Voy. ci-dessus, no **189**, p. 36-39.

3. Voy. ci-dessus, nos **190-191,** p. 39-44.

4. Rappr. ci-dessus, p. 95-96 (no **202**); nos **203-206**, p. 96-122.

5. Rappr. ci-dessus, chapitre sixième (XX), nos **214-227**, p. 175-257.

6. Rappr. ci-dessus : chapitre cinquième (XIX), nos **207-213**, p. 123-174.

7. Rappr. ci-dessus : nos **199-201,** p. 81-93 (chapitre troisième [XVII]) et les renvois.

8. Comp. H. Sumner Maine (*Le droit romain et l'éducation juridique*), dans *Etudes sur l'histoire du droit* (trad. franç.), Paris, 1889, p. 381-396, p. 418-423.

9. Comp. Fr. Geny (*La technique législative dans la codification civile moderne*), dans *Le Code civil (1804-1904). Livre du centenaire*, Paris, 1904, p. 993. — Certaines controverses juridiques ne tiennent qu'à des défectuosités ou dissonances de langage. Ainsi, celles que soulèvent les articles 198-200 du Code civil. Voy. M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil,* 8e édition, t. I, Paris, 1920, nos **878-880,** p. 285-286. — Rappelons l'importance de la terminologie, aux yeux des jurisconsultes romains, dont témoignent, au Digeste, le

Cette influence technique de la langue se manifeste dans les divers domaines de la mise en œuvre du droit : législation, jurisprudence, pratique, interprétation doctrinale.

Avant tout, le législateur, édictant la règle de droit, douée d'un caractère général, devra l'incorporer en un texte, qui fasse pénétrer toute son injonction dans les esprits auxquels elle s'adresse et en limite, en même temps, la portée, suivant les lignes tracées par son vouloir. Aussi bien, l'adaptation linguistique reste-t-elle la partie capitale de la technique proprement législative [1].

---

titre : *de Verborum significatione*, L. 16, et les nombreuses interprétations, de clauses testamentaires, parsemées dans les livres consacrés aux legs et fidéicommis, XXX et suiv.

1. Voy. Fr. Geny (*La technique législative dans la codification civile moderne*), dans *Le Code civil* (*1804-1904*). *Livre du centenaire*, Paris, 1904, p. 989, p. 993, p. 996, p. 999, p. 1000-1002, p. 1003-1004, p. 1005, p. 1006, p. 1008, p. 1011, p. 1013-1017, p. 1020, p. 1024-1027, p. 1028-1031, p. 1033, p. 1037. — *Adde :* G. Rousset, *Science nouvelle des lois*. Principes, méthodes et formules suivant lesquelles les lois doivent être conçues, rédigées et codifiées, 2 vol., Paris, 1871 ; notamment, t. I, p. 87-113 (Du style des lois en général) ; p. 279-304 (Des formules rationnelles de rédaction des lois). — Voy. aussi, dans K. Kautsky, *Parlementarisme et Socialisme*, trad. Ed. Berth, Paris, 1900, le chapitre IX. La rédaction des lois, p. 90-101. — F. Holbach, *L'interprétation de la loi* [belge] *sur les sociétés*. La méthode, Bruxelles. F. Larcier, 1906, Le législateur, I. Le texte, p. 7-41. — W. Gensel, *Unsere Juristensprache*, Unsere neue Gesetzessprache, Leipzig, Roszberg, 1911. — O. Wendt, *Ueber die Sprache der Gesetze*, Tübingen, 1904. — O. Wendt, *Wie etwas heiszt und was es ist !* Warnung vor falschen Schluszfolgerungen aus Namen und Bezeichnung, dans *Archiv für die civilistische Praxis*, 1908, t. 103, p. 417-460. — M. Gmür, *Die Anwendung des Rechts nach Art. 1 des schweizerischen Zivilgesetzbuches*, Bern, Stämpfli et Cie, 1908, p. 28-34 (§ 3, II). — *Adde :* discussion sur le sens du mot « groupement », à propos d'un projet de loi relatif au contrat collectif de travail, dans *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1907, t. VI, p. 532-537, et 1908, t. VII, p. 36-40. — Et, sur les mots « groupements sociaux et économiques », à propos d'un projet de loi relatif aux orphelins de la guerre, *ibid.*, 1914-1916, t. XIII, p. 266-269. — G. Kleinfeller, *Gesetz und Sprache*, dans *Archiv für Rechts-und Wirtschaftsphilosophie*, 1912-1913, t. VI, p. 269-274. — Bodenheim, *Ueber Gesetzessprache*, *ibid.*, p. 698-702. — M. Fickel und A. Renner, *Unsere Gesetzessprache*, Berlin, 1913. —

De son côté, le juge, chargé de dire le droit *in concreto*, et d'appliquer la règle générale aux cas particuliers, ne peut remplir pleinement sa mission, qu'en coulant les décisions, qu'on lui demande, en des termes soigneusement pesés, pour fixer la contrainte nécessaire et couper court à tout débat ultérieur[1].

Plus minutieusement encore, l'attention du praticien s'appliquera à traduire les volontés des parties, telles qu'elles se manifestent devant lui, ou les déclarations, conclusions, sommations, qu'il porte en leur nom, sous un revêtement verbal, dont la barbarie et la lourdeur ne s'expliquent que par le besoin d'exprimer énergiquement et sans ambages les prescriptions ou les sanctions juridiques[2].

Comment, enfin, l'interprète, qui, sans caractère officiel, s'efforce de découvrir le contenu substantiel du droit, en vue d'éclairer les intéressés, prétendrait-il atteindre son but, s'il n'arrivait à condenser les préceptes, qu'il doit révéler, en des phrases vigoureusement frappées et nettement circonscrites, d'après les lois et les ressources de la langue?

Un mot résume, d'ailleurs, le point d'aboutissement commun des travaux de tous les organes de l'œuvre juridique, et ce mot exprime bien le rôle capital du langage en toute cette œuvre : la formule. Trouver les formules vraiment expressives des préceptes, des décisions, des actes, des

---

II. WECK, *Die Sprache im deutschen Recht*, Berlin, 1913. — GRÜNEBAUM, *Der Krieg und die Rechtssprache*, dans *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1917, t. XXII, p. 125-127.

1. Cons., sur le « soin des mots », qui s'impose dans les arrêts, — comme, d'après BENTHAM, il s'impose dans les lois, — le discours d'installation, à l'audience solennelle de la Cour de cassation, le 4 décembre 1911, de M. le premier président BAUDOUIN, d'après *Gazette du Palais* quotidienne, n[os] des 3-4 décembre 1911, p. 1, col. 3-4.

2. Cons. F. BRUNOT, *Histoire de la langue française des origines à 1900*, t. IV, Paris, 1913, p. 388-405 (sur le vocabulaire de la langue du Palais, en France, aux XVII[e] et XVIII[e] siècles).

doctrines juridiques, c'est à quoi tendent, par des voies diverses, législateurs, juges, praticiens, interprètes désintéressés. — Certes, la formule n'est plus aujourd'hui ce qu'elle a été à l'époque du formalisme primitif : une enveloppe matérielle, indispensable, comme telle, pour donner aux actes ou faits de l'homme l'estampille juridique[1]. Toutefois, si elle a perdu cette importance capitale, elle demeure, dans le domaine ouvert à la liberté des formes, la traduction adéquate de tout ce qui constitue la substance vivante du droit. Elle joue un rôle prépondérant chez les praticiens, sous le couvert des formulaires[2], parce que c'est là que la vie juridique se montre le plus intense et exige une mise en garde constante contre les éventualités de l'avenir et les surprises de l'imprévu. Mais, en dehors même de cette sphère spéciale et très restreinte, c'est la rédaction avisée de leurs formules, qui marquera la valeur technique, des lois, des jugements, voire des opinions des juristes[3].

256. — La technique linguistique du droit aura des tâches différentes à remplir dans les domaines divers de son application, et, notamment, suivant qu'elle sera législative, judiciaire, pratique, ou doctrinale. Mais, si les trois

---

1. Comp. ci-dessus, p. 97, texte et note 1, p. 101, texte et notes 3, p. 102, texte et notes 1-3 (n° **203**) avec les références.

2. Sur la distinction entre le *formulaire* et la *formule*, voy. R. von Jhering, *Geist des römischen Rechts*, zweiter Theil, erste Abtheilung, 4 A., t. II, Leipzig, 1880, p. 300-303 (§ **36**); zweiter Theil, zweite Abtheilung, 4 A., t. III, Leipzig, 1883, p. 454 (§ **44**), p. 578-582 (§ **47** *a*). *Esprit du droit romain*, trad. de Meulenaere, 3e éd., t. II, Paris, 1886, p. 297-300 (§ **41**); t. III, Paris, 1887, p. 147 (§ **49**), p. 270-274 (§ **54**). — Comp. ci-dessus, p. 99-100 (n° **203**).

3. Sur l'importance des formules juridiques, cons. Devèze (Rapport sur un projet de résolution et sur une proposition de loi tendant à réorganiser les programmes et les grades des Facultés de droit), dans *Journal officiel*, 1905, Chambre des députés. *Documents parlementaires*. Session ordinaire de 1905, p. 346, col. 1-2-3, *passim* (ann. n° **2341**)

premières, par la précision spécifique de leur but, marquent sans doute mieux, chacune pour sa sphère, le rôle propre du langage dans la vie effective du droit, c'est encore l'œuvre doctrinale, qui, obligée de réunir et de synthétiser les résultats de toutes les autres, et répondant plus complètement à la notion de la *technique juridique fondamentale* [1], nous offre le plus riche *fonds commun* de terminologie et de phraséologie juridiques. — Et, puisqu'il est nécessaire de nous borner, en même temps que de préciser notre effort afin d'en assurer la portée, c'est en considérant surtout la mission de la langue dans l'œuvre de l'interprétation désintéressée du droit, que je voudrais rechercher maintenant quelques directions, qui fissent, du moins, entrevoir le sens le plus net du mouvement à poursuivre.

Trois observations, d'ordre général, paraissent de nature à préparer la tâche.

α. Tout d'abord, le jurisconsulte, appelé à exprimer en paroles et phrases appropriées les règles du droit, ne doit jamais perdre de vue que le langage est véritablement impuissant à transmettre les représentations de l'esprit, qu'il ne sert que d'intermédiaire, de moyen, pour éveiller, chez ceux à qui il s'adresse, une pensée analogue à celle qui s'est formée en celui qui l'emploie [2]. Il est donc vain d'y vouloir trouver une reproduction directe des idées, où nous n'avions pu déjà reconnaître que la préhension imparfaite des réalités [3]. — Mais, voyant dans la langue ce qu'elle

---

1. Voy. ci-dessus, nº **186**, p. 30-31.

2. Comp. R. von Jhering, *Geist des römischen Rechts*, 4 A., zweiter Theil, zweite Abtheilung, Leipzig, 1883, p. 444-446 ; *adde :* p. 446-449 (§ **44**). *Esprit du droit romain,* trad. de Meulenaere, 3ᵉ éd., t. III, Paris, 1887, p. 137-138 ; *adde :* p. 138-141 (§ **49**). — E. Zitelmann, *Die Gefahren des bürgerlichen Gesetsbuches für die Rechtswissenschaft.* Rede, Bonn, 1896, p. 15.

3. Voy. notamment : Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif,* I, Paris, 1914, nºˢ **39-41**, p. 111-119; nº **44**, p. 126-130;

est, un simple instrument de communication de faits psychologiques par signes échangés entre êtres intelligents, il s'agit seulement de l'utiliser au mieux, en vue du but que nous poursuivons, et qui se ramène essentiellement à faire passer certaines injonctions dans la vie pratique de l'humanité.

β. Aussi bien, le droit ne peut-il prétendre, ici, à un rôle entièrement créateur. Principalement et nécessairement, il puisera dans le langage courant, qui nous offre le fonds commun, où s'alimentent tous les canaux faisant circuler les idées à travers la vie sociale[1]. Le juriste s'applique à tirer de ce fonds commun les expressions et agencements nécessaires, pour rendre le sens, profond et spécifique, des préceptes du droit. — De là surgit, comme en tout ordre d'activité propre, une *langue technique*, s'appuyant à la langue commune, mais en précisant les termes ou les formes, parfois les dénaturant, au besoin même en changeant tout à fait l'application, de façon à obtenir un idiome spécialement adapté au but poursuivi, et qui finalement lui marque sa place distincte au milieu des confusions, des obscurités et des équivoques de la langue vulgaire.

γ. D'ailleurs, cette *langue technique* du droit n'en reste pas moins soumise aux règles normales de la formation et du développement du langage. Et, c'est ainsi qu'elle ne prend racine, ne s'affermit et ne se consolide que par l'usage. Seul, l'usage de la vie juridique, résultant d'un assentiment des intéressés que révélera leur pratique, peut, en cas de doute, imprimer le sceau définitif à des expressions verbales, employées pour désigner les éléments des règles ou des institutions juridiques. — Aussi, convient-il notamment de ne pas exagérer ici l'importance des étymo-

---

nos **47-48**, p. 135-145; no **50**, p. 146-150; nos **55-56**, p. 160-16.. — *Adde* ci-dessus : p. 194-196 (no **218**).

1. Voy. quelques bonnes observations critiques, touchant la *valeur de la logique du langage ordinaire*, dans : G. A. Meumann, *Observations sur le système du droit privé*, Genève, 1909, p. 60-62 (§ **9**).

logies[1]. Assurément, l'étymologie, quand elle fait bien exactement découvrir l'origine certaine d'un vocable, peut nous aider grandement à en fixer le sens, et à préciser ses limites. Mais elle ne fournit jamais qu'un point de départ. Et, sa valeur simplement indicatrice ne peut trouver un contrôle et un critère décisifs, que dans les résultats de l'usage, qui a pu, par sa pression continue et dominatrice, tantôt en confirmer, tantôt, au contraire, en infirmer les suggestions[2].

257. — Sous l'égide de ces considérations, qui dominent toute expression de la pensée humaine par le langage, l'œuvre du juriste, élaborant les règles du droit, en vue de les communiquer et de les répandre, peut nous apparaître comme une œuvre littéraire *sui generis,* dont l'objet, nettement spécifié, soit de faire passer certains

---

1. On trouve notamment un emploi fréquent, et parfois heureux, des étymologies chez M. Planiol. — Voy., par exemple, dans le t. I du *Traité élémentaire de droit civil,* 8e éd., Paris, 1920, les passages suivants : p. 1 (n° **1**), droit; — p. 7, note 2 (n° **16**), Code; — p. 9-10 (n° **25**), droit civil; — p. 69-70 (n° **173**), promulgation; — p. 137 (n° **362**), personne; — p. 351 (n° **1093**), mariage putatif; — p. 359 (n° **1131**) et p. 402 (n° **1291**), divorce; — p. 568 (n° **1865**), subrogé tuteur; — p. 654 (n° **2162**), droit réel; — p. 657-658 (nos **2170-2171**), biens; — p. 658 (n° **2173** *bis*), universalité; p. 665 (nos **2191-2192**) et p. 666 (n° **2194**), meubles et immeubles, cateux; — p. 688-689 (nos **2251-2253**), rentes, arrérages; — p. 771 (nos **2504-2505**), mitoyen.

2. Qu'importe, par exemple, que « promulguer » se confonde, originairement et étymologiquement, avec « publier » (M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil,* 8e éd., t. I, Paris, 1920, p. 69-70 [n° **173**]), si une doctrine judicieuse a fait passer, dans l'usage, la distinction rationnelle, et pratiquement très utile, que nous reconnaissons aujourd'hui entre la « promulgation » et la « publication » des lois? Qu'on dise, si l'on veut, que la notion de promulgation implique une certaine publicité ou, du moins, un dessaisissement du décret de promulgation de la part du chef de l'État qui l'a signé. Il n'en reste pas moins que la publication, résultant d'une publicité techniquement organisée, par insertion dans les journaux et écoulement de certains délais, est tout autre chose. — Comp. R. Carré de Malberg, *Contribution à la theorie générale de l'Etat,* t. I, Paris, 1920, nos **143-146**, p. 429-444.

préceptes de conduite extérieure dans les mœurs des hommes, qu'ils doivent régir, en les révélant à leur raison, pour les imposer, en quelque manière, à leur action. Par suite, ses qualités principales seront celles de toute œuvre littéraire, qui s'adresse à l'intelligence et à la volonté plutôt qu'à l'imagination et au sentiment : unité, ordre, précision, clarté[1].

Avant tout, il faut viser à une langue extrêmement précise[2]. Car le droit, dont l'objectif essentiel est d'établir une ordonnance ferme capable d'assurer tous les intérêts, doit saisir fortement les réalités sociales et les contenir en des cadres assez rigides, pour éluder, autant que possible, les incertitudes et les flottements. — Or, on se heurte ici à un danger d'ordre sociologique : la mollesse, la flexibilité, l'inconsistance des signes, par lesquels se communiquent et s'échangent normalement les pensées des hommes. Rien n'est mobile et susceptible d'altération autant que le langage, surtout le langage vulgaire et courant, qui demeure le fonds commun où s'alimente toute langue technique[3]. Les mots changent de sens, se pervertissent[4], s'étendent ou se réduisent, au hasard de la vie. La syntaxe elle-même dévie parfois de sa route et fait faute à sa fonction d'enchaînement ou de coordination des termes. — Il importe de réagir énergiquement contre ces tendances dissolvantes, si l'on veut maintenir à l'organisation juridique sa valeur pratique la plus essentielle ; en bref, le

---

1. Comp. Fr. Geny (*La technique législative dans la codification civile moderne*), dans *Le Code civil (1804-1904). Livre du centenaire*, Paris, 1904, t. II, p. 996. — *Adde : ibid.*, p. 997, p. 1011, p. 1013, p. 1028-1029.

2. Comp. R. Stammler, *Theorie der Rechtswissenschaft*, Halle a. d. S., 1911, VII, A, **4**, Die Deutlichkeit des rechtlichen Ausdruckes, p. 569-574.

3. Comp. ci-dessus, p. 460 (n° **256**, β).

4. Sur les « perversions fréquentes de la langue du droit », voy. P. Pont, *Commentaire-traité des sociétés civiles et commerciales*, 2e éd., t. I, Paris, 1884, p. 6 (n° **3**).

but à atteindre demeure tel que l'a indiqué H. Sumner Maine : « réduire un langage quelconque, pour le service du droit, à l'état de symboles algébriques, et, par suite, amener l'uniformité de méthode dans l'emploi des mots, avec l'identité d'induction dans leur interprétation »[1].

D'une part, donc, le jurisconsulte s'appliquera à fixer, *ne varietur,* le sens des mots qu'il emploie, en les distinguant les uns des autres, de façon à assurer, à chacun, autant qu'il est possible, une portée nettement spécifique. — Soit qu'il emprunte le langage de la vie courante, soit qu'il utilise des expressions consacrées en une autre branche du savoir humain, notamment dans les domaines moral ou économique, il convient qu'il s'assimile les éléments ainsi puisés ailleurs, pour les marquer d'un cachet proprement juridique[2].

D'autre part, il s'efforcera d'agencer simplement et fortement ses phrases, ses constructions grammaticales ou syntaxiques, en vue de couper court aux échappatoires, qui permettraient de glisser entre les mailles des préceptes. — Et, comme toute prescription juridique, quelle qu'en soit la forme (injonction ou défense), se ramène nécessairement à un jugement hypothétique, qui rattache à certaines présuppositions la détermination de conséquences nettement posées[3], il importe surtout que le lien

1. H. Sumner Maine (*Le droit romain et l'éducation juridique*), dans *Études sur l'histoire du droit* (trad. de l'anglais), Paris, 1889. p. 419.

2. Comp. Fr. Geny (*La technique législative dans la codification civile moderne*), dans *Le Code civil (1804-1904). Livre du centenaire.* Paris, 1904, t. II, p. 999, p. 1006, p. 1014-1017, p. 1025-1027, p. 1028, p. 1035, p. 1037, et les références. — Voy. surtout : H. Sumner Maine (*Le droit romain et l'éducation juridique*), dans *Études sur l'histoire du droit,* Paris, 1889, p. 381-396, p. 418-423.

3. Voy. notamment : G. Rümelin, *Juristische Begriffsbildung* (Akademische Antrittschrift), Leipzig, 1878, p. 9. — S. Schlossmann, *Die Lehre von der Stellvertretung,* I, Leipzig, 1900, p. 26-27 (§ 4). — R. Stammler, *Theorie der Rechtswissenschaft,* Halle, 1911, p. 311-312 (iv, 12); p. 324-328 (iv, 15) ; p. 566-567 (vii, 3).

reste étroitement noué entre les propositions exprimant pareille dépendance[1].

D'ailleurs, cette précision voulue, des terminologie et phraséologie juridiques, ne doit pas dégénérer en une raideur pédantesque[2]. Le danger de pareille tendance ne serait pas tant une inélégance littéraire, à laquelle on pourrait se résigner tant qu'elle n'irait pas jusqu'à ravir toute particularité aux préceptes[3], mais plutôt un désaccord, intrinsèque et fondamental, avec la fonction même du droit positif. Car la rigueur contrainte des expressions délibérément figées, le mécanisme impitoyable des propositions strictement liées, risquent, par leurs excès, d'exclure l'adaptation des règles au jeu, subtil et compliqué, de la vie sociale. Et, s'il tombait dans ce travers, le langage du droit trahirait franchement sa mission. — Aussi, convient-il, qu'à côté de formules rigides, propres à enfermer, en des cadres fixes, les éléments, en quelque sorte hiératiques, de l'organisation juridique, le juriste réserve place à des formations linguistiques, plus malléables et plus souples, qui soient mieux capables de mouler les réalités, flottantes et molles, dont les institutions du droit restent, bon gré mal gré, enveloppées[4]. L'importance et le rôle de semblables formations se révèlent notamment dans l'em-

1. Comp. Fr. Geny (*La technique législative dans la codification civile moderne*), dans *Le Code civil (1804-1904). Livre du centenaire*, Paris, 1904, t. II, p. 999, p. 1014, p. 1017, p. 1024-1025, p. 1027, p. 1028-1029, p. 1035, p. 1037.

2. Comp. J. Kohler, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, t. I, Berlin, 1904, p. 7 (§ **1**, VIII).

3. Rappr. R. Stammler, *Theorie der Rechtswissenschaft*, Halle, a. d. S., 1911, p. 570-571 (VII, A, **4**). — Comp. *Code civil suisse. Exposé des motifs de l'avant-projet du département fédéral de justice et police*, t. I, Berne, 1901, p. 14. *Adde* : p. 10-11.

4. Voy. notamment : R. Müller-Erzbach, *Die Relativität der Begriffe und ihre Begrenzung durch den Zweck des Gesetzes*. Zur Beleuchtung der Begriffsjurisprudenz, dans *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, 1912, t. LXI, p. 343-384. — Comp. ci-dessus, p. 211, note 3 (n° **223**).

ploi de ces expressions ou tournures, volontairement assouplies, et, par ailleurs, soigneusement étudiées, dont il a été fait un usage si heureux par les plus récentes codifications civiles[1].

258. — Si l'on veut mieux pénétrer encore l'action profonde de la langue dans la technique du droit, en vue surtout d'une élaboration raisonnée du vocabulaire juridique, il faut se rappeler que les mots et les formules ne font qu'incorporer des concepts ou, plus simplement même,

---

1. Il suffit de rappeler, pour le Code civil allemand, des expressions comme les suivantes : « Treu und Glauben (sur laquelle, voy. R. STAMMLER, *Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren,* Berlin, 1897, §§ **9-13**, p. 36-54); — gute Sitte ; — billiges Ermessen ; — wichtiger Grund ; — entschuldbare Irrthum ; — sittliche Pflicht ; — eine auf den Anstand zu nehmende Rücksicht ; — etc..., etc... » — Cons. là-dessus : F. ENDEMANN, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts,* 8 A., Berlin, t. I, 1903, p. 57-58 (§ **10**, I, 3). — R. STAMMLER, *Die Lehre von dem richtigen Rechte,* Berlin, 1902, *passim,* notamment p. 160-168 (I, **5**, § v) ; p. 252-261 (II, **4**, § II) ; p. 330-386 (III, **1**, § II-V) ; p. 410-421 (III, **2**, § III) ; p. 447-598 (III, **2-5**). — R. STAMMLER, *Theorie der Rechtswissenschaft,* Halle, a. d. S., 1911, p. 580 (VII, A, **5**). — On a parlé, à ce propos, de « paragraphes élastiques » (*Kautschukparagraphen*), ou, mieux encore, en élargissant la portée de la notion, de « conceptions-soupapes » (*Ventilbegriffe*). Voy. notamment : K. G. WURZEL, *Das juristische Denken,* Wien, 1904, p. 83-93 (VI, §§ **3-4**). — Dans un sens analogue, F. REGELSBERGER (*Gesetz und Rechtsanwendung*), dans *Jherings Jahrbucher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts,* 1911, t. LVIII, p. 149, p. 153-174, a proposé de distinguer des « règles légales rigides » (*starre Gesetzesnormen*) et des « règles légales susceptibles de construction » (*ausbaufähige Gesetzesnormen*). — Dans le Code civil suisse, du 10 décembre 1907, on a préféré, de parti pris, l'emploi d'expressions, à la fois brèves et souples, laissant grande place à l'interprétation. Voy. notamment, à titre d'exemples, les articles 1-4, 8-10, 16, 19, 23, 27, 28, 30, 679, etc... Comp. Fr. GENY (*La technique législative dans la codification civile moderne*), dans *Le Code civil (1804-1904). Livre du centenaire,* Paris, 1904, p. 1028-1032. — On pourrait aisément trouver un pendant de ces tendances en quelques expressions de nos législation, jurisprudence ou doctrine, françaises modernes, telles que : « ordre public, bonnes mœurs, bonne foi, cause impulsive et déterminante, abus du droit..., etc. »

des notions, par l'intermédiaire desquelles se peuvent seulement exprimer les réalités juridiques [1]. Et, en supposant que les notions serrent du plus près possible ces réalités [2], il s'agit de reconnaître le fonds où elles seront puisées, pour découvrir, en même temps, la source des expressions le plus aptes à traduire les éléments essentiels de la règle de droit.

Or, les concepts, sans lesquels il est impossible de saisir des préceptes destinés à régir impérativement la conduite extérieure des hommes en société [3], s'empruntent, d'abord, au stock, infini et inépuisable, des notions courantes [4]. De fait, en tant qu'il prévoit et distingue certaines circonstances de la vie sociale, pour y attacher telles ou telles conséquences de droit [5], le juriste commence nécessairement par user de concepts sans caractères spécifiques, tels, par exemple, que la naissance ou la mort des hommes, l'usage des choses, le dommage causé, les actes de volonté sous leurs divers aspects. — Il est vrai que ces notions, en quelque sorte banales, se transformeront bientôt en notions proprement juridiques, par la vertu même de l'effet spécifique que le droit y attache : la naissance et la mort deviendront des faits d'état civil, ouvrant et clôturant la durée de la personnalité humaine avec toutes ses conséquences; l'usage des choses se précisera en détention ou en possession de droit; le dommage causé à autrui, dans certaines conditions, se caractérisera comme délit, quasi-délit ou

---

1. Fr. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, I, Paris, 1914, n° **51**, p. 150-152. Comp. n° **50**, p. 146-150.

2. Voy. ci-dessus, p. 194-196 (n° **218**). — *Adde* : n°s **222-223**, p. 206-211.

3. Voy. Fr. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, I, Paris, 1914, n° **16**, p. 47-52 et n° **42**, p. 119-122. — *Adde* : n°s **44-48**, p. 126-145.

4. Comp. P. DE TOURTOULON, *Les principes philosophiques de l'histoire du droit*, Paris et Lausanne, Payot, 1908-1919, p. 411. *Adde* : p. 412.

5. C'est là l'essence du précepte juridique. Voy. ci-dessus, p. 276, avec les références de la note 2 (n° **231**).

inexécution d'obligation antérieure; les actes de volonté seront, suivant les cas, des contrats, des testaments, des renonciations à un droit..., etc., etc. De même, et sur un terrain plus étroit, le délai d'exécution sera qualifié « terme », le retard, « demeure », tel arrangement entre propriétés foncières voisines, « destination du père de famille », l'élaboration d'une matière première, « spécification », etc.[1]. — Mais, il importe d'observer que les notions juridiques, ainsi formées, doivent ce caractère propre à la disposition, que formule la règle du droit consécutivement à la présupposition de fait, qui en constitue le point de départ[2]. Et, comme le droit n'est guère plus, en soi, que la forme d'une matière représentée par des disciplines plus profondes, parmi lesquelles la morale, l'économie, la politique tiennent le premier rang[3], il advient parfois que les notions, strictement juridiques, se relient aux notions courantes, par l'intermédiaire de notions, quelque peu élevées au-dessus de celles-ci, à titre de notions morales, économiques ou politiques, telles que — pour ne prendre ici que les plus générales — les notions de « bonnes mœurs, de crédit ou de circulation des biens, d'ordre public ». — De sorte que, — et sans entrer en des complexités ou nuances qui en multiplieraient presque indéfiniment le nombre, — nous relevons aisément comme trois étages

1. Comp., sur la formation des concepts faisant partie des règles de droit : S. Schlossmann, *Die Lehre von der Stellvertretung insbesondere bei obligatorischen Verträgen*. Erster Teil : Kritik der herrschenden Lehren, Leipzig, 1900, p. 26-32 (§ **4**). — Le même auteur a exprimé quelque part (*Der Vertrag*, Leipzig, 1876, p. 261-262 [**33**]) l'idée, que le concept « droit de propriété » n'était qu'un expédient terminologique, par lequel nous désignons brièvement une grande masse de facultés ou de prétentions, qui ont un point de rattachement commun. Comp. ci-dessus, p. 244, note 5 (n° **225**).

2. Comp. ci-dessus, p. 279, texte et note 4 (n° **232**).

3. Voy. là-dessus : Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, II, Paris, 1915, p. 19-20 (n° **71**) et p. 417 (n° **175**). *Adde* : p. 141, texte et note 4 (n° **102**) ; p. 148-150 (n° **104**) ; p. 178 (n° **111**) ; p. 181 (n° **112**). Et, comp. ci-dessus, p. 16-18 (n° **182**).

superposés de notions, intervenant dans la configuration conceptuelle de la règle de droit : notions empruntées à la vie courante; notions tirées des disciplines foncières de la vie sociale, principalement notions morales, économiques ou politiques; enfin notions spécifiquement juridiques, par où l'esprit représente la substance même de la règle du droit[1]. — Semblablement, et, pour ainsi dire, parallèlement, puisque les expressions linguistiques correspondent exactement aux concepts, qui ne se manifestent que par elles, nous pouvons distinguer, dans la contexture de la langue du droit, des expressions vulgaires, des expressions de l'ordre moral, économique ou politique, enfin des expressions strictement juridiques.

Ceci rappelé, il est clair que, pour obtenir une langue technique fortement constituée, on doit viser à réduire, autant que possible, le champ des expressions vulgaires, que le voisinage des règles convertit aisément en expressions juridiques, et que ces dernières doivent être développées par la maîtrise même assurée au droit sur le fait[2]. Et, sans doute, il reste bien impossible de soustraire complètement la langue du droit à l'influence du langage ordinaire, qui, seul, traduit les éléments de fait servant de base aux règles. Mais, peu à peu, les mots de la langue courante prennent, dans leur application au droit, un ton plus uniforme et une allure plus précise, qui leur impriment le cachet de l'injonction juridique, sans abolir, le plus souvent, tous les signes de leur emploi originaire[3].

---

1. Sur l'opposition des concepts juridiques aux concepts économiques, voy. notamment : R. Stammler, *Theorie der Rechtswissenschaft*, Halle a. d. S., 1911, IV, C, **11**, Rechtliche und wirtschaftliche Begriffe, p. 306-313. Comp. *ibid.*, IV, **1-10**, p. 263-306, *passim*.

2. Comp. là-dessus, et relativement à la supériorité de la langue juridique moderne sur celle des Romains, au point de vue de la richesse des expressions techniques : R. von Jhering, *Der Besitzwille*, Jena, 1889, p. 42-43 (§ IV). *Du rôle de la volonté dans la possession*, trad. de Meulenaere, Paris, 1891, p. 36-37 (§ IV).

3. C'est ainsi que les rédacteurs du Code civil allemand de 1896

— Il est, même, particulièrement remarquable, que les expressions, traduisant des notions empruntées aux disciplines fondamentales de la vie sociale, politique, économie, morale, résistent, plus que toutes autres, à la précision rigide, postulée par l'ordre juridique, et conservent, en dépit de leur adaptation au droit, l'imperfection technique des sciences plus hautes dont elles dérivent. Aussi, convient-il, toutes les fois qu'elles s'imposent, faute de termes plus précis, de leur faire une place à part et d'éviter de les combiner avec des expressions strictement juridiques, qu'elles risqueraient, par un mélange inconsidéré, de corrompre ou d'obscurcir [1].

259. — L'expression « administration », qui revient si fréquemment sous la plume des juristes, peut, je crois, nous offrir une illustration frappante de cette dernière observation, sur le terrain de l'économie.

Originairement, le mot « administration », employé, tantôt seul, tantôt avec des qualificatifs (large, pure, libre, provisoire), par où l'on prétend en mesurer la portée, répond à une notion purement économique, puisque, dans son acception la plus générale, il désigne cette partie de la gestion d'un patrimoine, qui tend à faire valoir les biens, en vue d'en assurer la productivité régulière ou le profit normal, sans atteindre le capital, mais, au contraire, en le maintenant intact. Transposée dans le domaine juridique, la notion d'administration a paru pouvoir permettre, suivant les cas et les circonstances de son application,

---

ont pu prétendre assigner une acception technique, même aux locutions de la langue vulgaire, qu'ils frappaient, en les employant, comme d'une marque officielle. Voy. Martin Wolff, dans *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, de Goldschmidt, 1902, t. LI, p. 599-601, et Fr. Geny (*La technique législative dans la codification civile moderne*), dans *Le Code civil (1804-1904). Livre du centenaire*, Paris, 1904, p. 1025-1026.

1. Comp., sur les difficultés de la terminologie juridique : E. I. Bekker, *Recht muss Recht bleiben*, Heidelberg, 1896, § VIII, p. 33-40.

de fixer certaine limite à la capacité d'agir pour soi-même ou au pouvoir d'agir pour autrui. — C'est ainsi que l'expression, qui la représente, apparaît employée à propos de la capacité du mineur (émancipé), de la femme mariée (séparée de biens) et de quelques autres incapables, comme aussi pour régler les pouvoirs de personnes chargées d'agir en leur lieu et place (père, tuteur, mari) ou d'autres représentants, et, plus généralement, lorsqu'on cantonne à un domaine restreint la faculté, pour une personne, d'engager juridiquement un patrimoine ou des biens particuliers, dont elle n'a pas la libre disposition (voy. par exemple au Code civil français, les art. 112, 120, 122, 124, 125, 127-132, 141, 223, 242-243, 365, 370, 383 [L. 2 juillet 1907], 389 [L. 8 avril 1910], 417, 418, 450, 454 [comp. 457-467], 481 [comp. 482-484], 507 [comp. 509], 779 [comp. 796], 803-804 [comp. 805-806 C. civ., 988 C. proc. civ.], 813, 814, 1421 [comp. 1422-1427], 1428, 1449, 1454, 1549, 1576, 1856-1861, 1941, 1988)[1].

Toutefois, si l'on veut dépasser cette indication rudimentaire et presque exclusivement négative, il faut convenir que le contenu juridique de l'administration — permettant de reconnaître *a priori* les opérations de droit, qui y sont comprises, et celles qui en restent exclues — n'est

---

1. Le Code civil semble opposer aux mots : « administrer, administration », les expressions : « aliéner, aliénation » (voy., par exemple : art. 128, 217, 244, 499, 513, 537, 541, 859, 860, 958, 1038, 1421, 1557 et suiv., 1576), ou encore les expressions : « disposer, disposition » [réservées plutôt aux donations et testaments] (voy. par exemple : art. 537, 893, 895, 897-900, 902-904, 907-911, 913 et suiv., 946, 949, 967, 968, 1003, 1010, 1013, 1039-1041, 1044, 1048 et suiv., 1079, 1082 et suiv., 1422, 2045, 2078). — Le mot : « gestion » offre un sens plus large et sert à désigner le fait d'accomplir les actes mettant en valeur un patrimoine, sans qu'on en précise la nature ou la gravité (voy., par exemple : art. 419, 444-2°, 450, 469, 470, 1031, 1372-1375, 1941, 1992, 1993, 1994, 2000, 2137, 2143, 2193, 2194, 2195). — On remarquera aussi l'article 1988, où se trouvent opposés aux actes d'administration les aliénations, hypothèques ou autres « actes de propriété ».

fourni nulle part, à titre général. Dès lors, l'expression « administration », même éclairée par son sens économique, reste juridiquement insuffisante, comme manquant de contours nettement saisissables (*quatenus manu tenere possunt*). Et, quand elle intervient pour circonscrire une capacité ou un pouvoir, le cercle, qu'elle prétend tracer, demeurant malléable et souple, au gré d'une appréciation dépourvue de critères objectifs précis, satisfait mal le besoin essentiel de sécurité des personnes (tiers *hoc sensu*), qui traiteront avec l'incapable ou le fondé de pouvoirs[1].

Aussi bien, toutes les fois qu'il y a lieu de fixer juridiquement les limites d'une capacité ou d'un pouvoir, le seul procédé, techniquement admissible, consiste à énumérer précisément, et d'après leurs caractères spécifiques, les actes ou faits juridiques, placés en deçà ou au delà des limites qu'on veut poser, en accentuant parfois leur détermination par une estimation chiffrée de leur valeur ou par des circonstances, aisément reconnaissables, de leur emploi[2]. Et, c'est ce que nous trouvons réalisé, plus ou moins heureusement dans nos lois civiles, pour la capacité des femmes mariées en général (art. 215-222 et 224-226 C. civ. franç.), pour celles des interdits judiciaires (art. 502-504 C. civ. ; — comp. pour l'interdit légal : art. 29 31

---

1. Il n'est pas sans intérêt de rappeler ici que, pour déterminer la sphère d'activité libre de certains incapables (impubères sortis de l'*infantia*, prodigues interdits, plus tard mineurs de 25 ans), les Romains avaient distingué les actes, par lesquels on fait sa condition meilleure (on devient propriétaire, ou créancier, ou bien on se libère), de ceux qui rendent notre condition pire (on aliène, on devient débiteur, on renonce à un droit). Voy. P.-F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 6e édition, Paris, 1918, p. 204-205. Cette distinction, qui n'était pas satisfaisante de tous points, reposait, du moins, sur des critères strictement juridiques. — On en retrouve un écho très net dans le § 107 du Code civil allemand de 1896 (voy. l'édition française du Comité de législation étrangère, t. I, Paris, 1904, sous le § 107, note, § 1, p. 104). — Comp. le § 114 du B. G. B.

2. Un système analogue, poussé fort loin, sert à déterminer la compétence civile des juges de paix. Voy. L. 12 juillet 1905.

C. pén.; et, pour l'aliéné interné dans un établissement: art. 39 L. 30 juin 1838), et des personnes pourvues de conseil (art. 499 et 513 C. civ.); comme aussi pour les pouvoirs du tuteur chargé de représenter le mineur non émancipé ou l'interdit (art. 450, al. 1 et 3; art. 452; art. 457-466; art. 817, al. 1; art. 819, al. 2; art. 837-840; art. 1718; art. 2045, al. 2, C. civ.; art. 953-965; art. 966-984 C. proc. civ.; L. 27 février 1880, art. 1-3; art. 7-10; art. 12), et, à peu près encore, pour les pouvoirs du mari gérant les intérêts de la communauté conjugale (art. 1421-1425 C. civ.), ou mettant en valeur les biens personnels de la femme commune en biens (art. 1428-1430 C. civ.)[1].

Mais, si, à cette détermination aux contours strictement juridiques, on juxtapose, sous prétexte de la compléter, la notion économique d'« administration », on ne fait le plus souvent qu'en troubler les résultats et en pervertir l'effet propre, par l'introduction d'un élément équivoque. — Ainsi, la capacité de la femme mariée, qui apparaît nettement réglée par les déterminations juridiques des articles 215, 217, 226, 1124, al. 1 et al. 4 du Code civil, à condition d'en considérer l'énumération comme limitative, rencontre un élément perturbateur dans la disposition de l'article 223, aux termes duquel « toute autorisation générale, même sti- » pulée par contrat de mariage, n'est valable que quant à » l'administration des biens de la femme ». Car, indépendamment de son obscurité foncière, cette disposition vient, en tout cas, signaler la possibilité d'une restriction, difficilement conciliable, en raison de sa nature divergente, avec les définitions précises des actes soumis à l'autorisation maritale. — La même difficulté ressort, plus nette encore, de l'article 1449 du Code civil, qui spécifie la

1. Les dispositions des articles 1429 et 1430, destinées à fixer les pouvoirs du mari donnant à bail des biens de sa femme, et étendues aux baux consentis par un usufruitier (art. 595 C. civ.) ou par un tuteur de mineur ou d'interdit (art. 509 et 1718 C. civ.), montrent à quel degré de précision on peut arriver en suivant cette voie.

capacité de la femme séparée de biens; à tel point que la faculté, nettement reconnue à celle-ci par l'alinéa 2 de ce texte, de « disposer de son mobilier et de l'aliéner », a pu être limitée, au grand préjudice des acquéreurs, par la première formule posant le principe de la « libre administration »[1], sans que pareille limite présente une fermeté de contours rassurante pour les tiers[2]. Et, il ne semble pas davantage que la capacité reconnue par la loi au mineur émancipé, de faire valablement seul les actes de pure administration (art. 481 et 484, al. 1 C. civ.), supplée, aussi pleinement qu'il le faudrait, aux lacunes de l'énumération légale des opérations juridiques dont on lui laisse ou non la liberté (art. 480 485 et 487 C. civ.). — On pourrait produire une observation analogue, pour tous les cas, où l'on a prétendu fixer, grâce à la notion d' « administration », les limites d'une capacité ou d'un pouvoir juridiques.

Au fond, les expressions « administrer, administration », quand elles désignent moins le principe d'une responsabilité (comme dans l'art. 450, al. 2 C. civ. franç.) qu'une faculté d'agir juridiquement, ne renferment, en elles-mêmes, aucune limite précise. — Et, c'est ainsi qu'on les voit également employées, pour marquer les pouvoirs, assurément fort différents, qui appartiennent au mari, soit relativement aux biens communs (art. 1421 C. civ.), soit quant aux biens personnels de la femme sous les divers régimes qui lui laissent, avec une latitude bien diverse, la direction totale des intérêts patrimoniaux du ménage (communauté, art. 1428; — régime sans communauté, art. 1531; — régime dotal, art. 1549 C. civ.). En réalité, dans ces divers cas, la notion d' « administration » ne représente qu'une direction extrêmement vague, dont la précision n'est four-

1. Voy. Civ. rej., 30 décembre 1862, *Sirey*, 63. 1. 257. — Comp. Req. rej., 24 octobre 1906, *Sirey*, 10. 1. 482.

2. Rappr. ce qui a été dit ci-dessus : p. 68, texte et note 3 (n° **197**).

nie que par les déterminations d'actes juridiques, qui, seules, en peuvent remplir le contenu. Et l'insuffisance de ces déterminations, d'après les textes toujours incomplets qui les expriment, trouve son complément dans l'esprit ou la tradition du régime, dont elles dépendent, bien plutôt qu'en la formule économique, aux contours essentiellement mous et flottants, qui prétend les dominer. — On peut, d'ailleurs, désirer, que, pour réduire au minimum les incertitudes d'une interprétation aussi délicate, le législateur fournisse lui-même, en termes précis, le plus grand nombre possible des déterminations nécessaires. C'est ce qui a été réalisé, non sans bonheur, par la loi du 6 avril 1910, fixant, sur un grand nombre de points, les limites, auparavant si incertaines, des pouvoirs effectivement compris dans « l'administration légale » du père, par rapport aux biens de ses enfants mineurs (art. 389 C. civ. franç.).

Au total, nous constatons que le terme « administration », d'origine essentiellement économique, est, à raison de son imprécision, d'un emploi peu utile, sinon fâcheux, dans la langue du droit. Il n'acquerrait une véritable valeur juridique que si son contenu se représentait suivant les modalités de son application (administration — pure — simple — libre — etc...) en des actes ou faits précisément déterminés, de façon à enfermer un « savoir potentiel »[1], susceptible d'une adaptation adéquate à la vie. A défaut de semblables déterminations, la notion d' « administration », se venant juxtaposer à des catégories variables suivant les cas, ne peut qu'introduire la confusion et l'obscurité dans l'interprétation juridique[2].

---

1. Comp. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, I, Paris, 1914, p. 151 (n° **51**).

2. Cons., sur tout cela : J. Penet, *Des administrateurs et des actes d'administration d'après le Code civil*, thèse de doct. Droit, Grenoble, 1882-*1883*. — P. Goldschmidt, *Essai sur l'acte d'administration en droit civil français*, thèse de doct. Droit, Paris, 1897-*1898*. — P. Le Baron, *De l'acte d'administration en droit civil français*, thèse de doct. Droit,

L'enseignement de cet exemple, emprunté à un mot, qui semble, malgré tout, susceptible d'une certaine adaptation juridique, pourrait être confirmé par des observations plus topiques. Il est curieux, notamment, qu'on n'ait pu faire entrer utilement dans la langue du droit les expressions du plus grand nombre des notions économiques courantes, ainsi : « valeur [1], profit, capital, travail, crédit, monnaie ». D'autres n'ont trouvé place parmi les catégories juridiques, que moyennant une dénaturation, plus ou moins profonde, de leur acception économique : « rente — fruits — entreprise — intérêt ».

La même idée expliquerait, je crois, la difficulté qu'on éprouve à substituer une distinction satisfaisante à notre vieille division des biens en meubles et immeubles. — Un système juridique organisé ne saurait se passer d'une division de ce genre, qui embrasse la totalité des choses (*summa divisio*), pour soumettre certaines d'entre elles à un régime de droit plus conservateur et plus ferme, tandis que les autres jouiront d'une circulation relativement libre et d'une protection moins assurée [2]. Et, l'on sait que les

---

Paris, 1915-*1916*. — *Adde* : B. Remy, *Le bail considéré comme acte d'administration en droit civil français*, thèse de doct. Droit, Lyon, 1912-*1913*. — Un nouvel effort, extrêmement poussé et fort intéressant, pour préciser la notion juridique de l' *« acte d'administration »*, vient d'être tenté par A. Trasbot, *L'acte d'administration en droit privé français*, thèse de doct. Droit, Bordeaux, 1920-*1921*. Les résultats encore flottants, de cet effort (voy. notamment, *op. cit.*, p. 197-201), ne peuvent que confirmer mes conclusions.

1. Cons., notamment, en ce qui concerne le peu d'importance de la notion économique de « valeur », dans le problème juridique, si discuté, de la fixation des bases de l'indemnité, due en cas de réquisitions militaires, sur l'arrêt de Civ. cass., 6 mars 1917 : conclusions de M. le procureur général Sarrut, dans *Sirey*, 1917, 1, p. 17, col. 2-3; E. Naquet, note dans *Sirey*, 1917, 1, p. 11, col. 2. — Voy. aussi, E. R. Lafon et Julien Bonnecase, *Le critérium de la valeur en matière de réquisitions militaires*, Bordeaux, 1916.

2. Comp. H. Sumner Maine, *Etudes sur l'ancien droit et la coutume primitive* (trad. franç.), Paris, 1884, chapitre X, Classification des biens, p. 454-488, notamment p. 454-458.

premiers Romains avaient su réaliser ce besoin dans leur distinction, rudimentaire mais très précise, des *res mancipi* et des *res nec mancipi*[1]. A cette distinction, purement romaine, et insuffisante pour une civilisation développée, s'est, de bonne heure, juxtaposée, à Rome même, la division des choses en meubles et immeubles, qui devait prendre tout son développement, — voire se diversifier encore (*héritages* et *cateux*), — sous les influences germaniques et féodales, dans l'ancien droit français, d'où elle est passée au Code civil de 1804, qui l'a consacrée, précisée et utilisée dans toute son ampleur. — Il est universellement reconnu aujourd'hui que cette distinction, qui a d'ailleurs reçu, dans notre organisation juridique, une importance exagérée, ne répond plus, telle que la présente le Code civil, à notre état de civilisation ni à nos besoins actuels. Aussi, a-t-on proposé de la remplacer par une autre, mieux adaptée aux exigences contemporaines, et dont les bases ne semblent pouvoir être découvertes qu'en des considérations économiques[2]. — Mais, précisément, l'économie ne fournit ici que des critères flottants et mous, subordonnés à mille contingences, incapables, par suite, d'encadrer fortement les phénomènes juridiques, tandis que la division traditionnelle, fondée sur le caractère, assez rudimentaire, et emprunté à la vie courante, de la

---

1. ULPIEN, *Reg.*, XIX, 1. — GAIUS, *Instit.*, II, 14 à 17. — Voy. là-dessus : P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 6e édition, Paris, 1918, p. 256-257.

2. Voy., par exemple : R. DE LA GRASSERIE, Mémoire sur cette question : *La distinction des biens en meubles et immeubles doit-elle être conservée avec le critérium et les effets que lui attribue le Code civil, ou y a-t-il lieu de la modifier dans l'état économique actuel ?* dans *Bulletin du Comité des travaux historiques et scientifiques* (Ministère de l'Instruction publique). Section des sciences économiques et sociales, 1897, p. 163-194, où il est proposé de substituer à notre classification traditionnelle une nouvelle division des biens en valeurs fixes, valeurs courantes et valeurs fongibles, dont les premières resteraient soumises à certaines des règles actuellement applicables aux immeubles, notamment au point de vue du crédit.

mobilité ou de la fixité des choses, présente, du moins, ce mérite de distinguer les biens par un critérium nettement saisissable et qu'il suffit de manier avec une certaine souplesse pour l'adapter à la réalité totale. D'où l'on peut conclure, pour l'instant du moins, qu'une simple refonte de notre distinction en meubles et immeubles paraît devoir donner des résultats plus rapides et plus efficaces, dans le domaine juridique, qu'une nouvelle construction tentée avec les données, les plus subtiles et les plus nuancées, de l'économie politique[1].

L'expression des notions morales, — non moins indispensables à la mise en œuvre du droit que les notions économiques, — se montre également réfractaire, par le vague et l'indéterminé qui la marquent, aux exigences techniques de la terminologie juridique. Et, quand elle résiste à se traduire en un langage commun, qui puisse rendre tout ce qu'elle contient, son emploi direct, par le législateur ou le jurisconsulte, introduit parfois, dans les règles de droit, un ferment délétère, d'où peut résulter une fâcheuse perversion de leur esprit.

C'est ce qu'on peut observer, par exemple, au sujet de l' « injure grave », admise comme cause de divorce [ou de séparation de corps] par le législateur français, suivant les dispositions du Code Napoléon (art. 231 et 306 C. civ. franç), non modifiées sur ce point par les lois postérieures relatives au divorce. — Il est probable que les rédacteurs du Code civil, qui désiraient manifestement restreindre en France l'usage du divorce, en empruntant ce cas de rupture à la longue liste de la loi du 20 septembre

---

1. Les nouveaux Codes civils, allemand et suisse, ont conservé la distinction des meubles et des immeubles, — en appliquant aux uns et aux autres, des règles différentes, — mais sans la spécifier aussi étroitement que le Code Napoléon. — Voy. Code civil allemand de 1896, §§ 90-98, *passim*. — Code civil suisse du 10 décembre 1907, art. 655 et 713

1792 (§ I, art. 4), n'avaient entendu y comprendre que des faits, manifestant un outrage, violent et réfléchi, de l'un des époux à la personnalité morale de l'autre. Mais, en incorporant cette notion morale, extrêmement vague par elle-même, dans une expression, du même ordre, dont la concision trompeuse ne pouvait qu'en estomper davantage encore les contours, ils laissaient à l'application de leur loi un jeu susceptible de déborder tout à fait leurs intentions. — A la vérité, un moyen s'offrait à l'interprétation, de se brider elle-même ici : c'eût été de donner au mot « injure » la signification précise, que lui assignent les lois pénales[1], notamment les lois sur la presse[2], et qui implique des paroles ou des écrits[3]. Toutefois, une conception aussi étroite, réprouvée d'ailleurs par l'étymologie et la tradition[4], en contradiction aussi avec les autres emplois de la même expression rencontrés dans l'œuvre législative

1. L'article 375 du Code pénal de 1810 (abrogé par L. 17 mai 1819, art. 26), venant à la suite des textes, qui punissaient la calomnie, était ainsi conçu : « Quant aux injures ou aux expressions outra- » geantes, qui ne renferment l'imputation d'aucun fait précis, mais » celle d'un vice déterminé, si elles ont été proférées dans des lieux » ou réunions publics, ou insérées dans des écrits imprimés ou non, » qui auraient été répandus et distribués, la peine sera d'une amende » de 16 francs à 500 francs. » — *Adde* l'art. 376 également abrogé.

2. Loi du 17 mai 1819, article 13, alinéa 2 : « Toute expression » outrageante, terme de mépris ou invective, qui ne renferme l'im- » putation d'aucun fait, est une injure. » — Cette disposition est textuellement reproduite par la loi sur la liberté de la presse, du 29 juillet 1881, article 29, alinéa 2. — Sur cette notion de l'injure, cons. G. Barbier, P. Matter, J. Rondelet, *Code expliqué de la presse*, 2e éd., t. I, Paris, 1911, n° **400**, p. 396-397; n°s **443-450**, p. 438-441. *Adde :* n°s **540-544**, p. 509-516. — G. Le Poittevin, *Traité de la presse*, t. II, Paris, 1903, n°s **690-699**, **754-765**, et **819-903**, *passim*. *Adde :* n°s **924-936**.

3. Comp. M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 8e éd., t. I, 1920, n° **1166**, p. 369.

4. Voy. notamment sur l'*injuria*, délit privé romain : P.-F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 6e éd., Paris, 1918, p. 408-411. Notez surtout, p. 410, « le développement doctrinal qui a ramené à la notion d'injure toutes les atteintes physiques ou morales à la personnalité ». *Adde* la note 4.

(voy. notamment art. 955-2°, art. 1046-1047 C. civ. franç.)[1], condamnée enfin par le rapprochement des mots « excès » et « sévices », étrangers à notre terminologie pénale, aurait manifestement faussé la pensée de la loi et réduit arbitrairement la portée de sa disposition. — Celle-ci s'est donc imposée, avec toute l'élasticité résultant de son origine morale. Et, l'on sait quelle extension, presque indéfinie, la jurisprudence lui a donnée, comprenant sous les mots « injures graves » les froissements les plus subtils de la sensibilité morale d'un conjoint[2] et y rattachant souvent aussi des circonstances antérieures à l'union conjugale[3]. — Peut-être, la doctrine a-t-elle ici manqué quelque peu à sa mission, en négligeant l'effort de préciser une notion, qu'on pouvait, du moins, ce semble, assujettir à l'esprit profond de l'institution du divorce, et en se bornant à peu près à classifier, d'une façon purement formelle, les variétés infinies de l' « injure grave », reconnues par les arrêts[4]. D'autre part, la Cour suprême a laissé, en cette matière, un champ d'appréciation, extrêmement large et presque illimité, aux juges du fond[5]. — Quoi qu'il en soit, le résultat a été de produire, par la seule voie de l'interprétation judiciaire, un « élargissement du divorce », manifestement contraire aux visées primitives du législa-

---

1. Voy. notamment : Civ. cass., 16 février 1874, *Sirey*, 75. 1. 416.

2. Voy., par exemple : Req. rej., 19 juillet 1909, D. P., 1909. 1. 503, *Sirey*, 1910. 1. 7.

3. Voy. l'analyse des arrêts, présentée par Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, 5e édition revue par E. Bartin, t. VII, Paris, 1913, § **476**, texte et notes 10-17, p. 277-280. — *Adde :* H. Le Goasguen, *Le divorce devant l'opinion, les Chambres et les Tribunaux*, thèse de doct. Droit, Rennes, 1912-*1913*, p. 129-166.

4. Voy. pourtant : M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 8e édition, t. I, Paris, 1920, no **1158**, p. 367-368. *Adde :* nos **1166-1170**, p. 369-371. — A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, 3e éd., t. I, Paris, 1920, p. 209-210.

5. Voy. notamment : Req. rej., 1er décembre 1915 ; 19 janvier, 7 juin, 5 et 19 juillet 1916, D. P., 16, 1. 249 (1re, 2e, 6e, 7e et 8e espèces). — Voy. les deux derniers arrêts dans *Sirey*, 1916. 1. 151.

teur, et plus funeste encore à une saine constitution de la famille. Or, la cause de ce fâcheux débordement d'interprétation réside tout entière, au point de vue strictement technique, dans l'emploi d'une expression, non suffisamment élaborée, désignant une cause, toute morale de sa nature, et qui, si elle ne peut être éludée ni transformée, gagnerait, du moins, à se traduire, fût-ce au prix d'une périphrase, en termes empruntés à la vie courante, rendant plus concrètement et plus pleinement la pensée vraie de la règle du droit[1].

Sans doute, en effet, par cela même qu'elles sont à la base la plus profonde des préceptes du droit[2], on ne saurait prétendre bannir tout à fait les notions morales de l'expression linguistique des règles. Et, lorsqu'on n'arrive pas à les contenir en une formule marquée de la précision désirable[3], il reste à demander à l'interprétation d'élaborer

---

1. Voy., par exemple, le § 1568 du Code civil allemand : « Un époux » peut agir en divorce, lorsque son conjoint, par une violation grave » des devoirs résultant du mariage, ou par une conduite déshono» rante ou immorale, s'est rendu coupable d'un ébranlement si pro» fond du rapport conjugal, que le maintien du mariage ne peut être » exigé du premier. De sérieux sévices sont également réputés vio» lation grave des devoirs. » Ce texte représente, dans la législation allemande, la seule cause pleinement non péremptoire (ou relative) du divorce (Voy. *Code civil allemand*, trad. du Comité de législation étrangère, Paris, t. III, 1908, sur le § 1564, note **2**; I, p. 389). Voy. pourtant le § 1569, *in fine*. — Le Code civil suisse, qui contient, dans son article 142, une disposition analogue, par son esprit, au § 1568 du Code civil allemand, a cependant maintenu les sévices ou injures graves comme cause distincte de divorce (art. 138, al. 2). Mais on sait que la loi suisse s'est, dès longtemps, montrée facile pour la rupture du lien conjugal. — Comp., sur tout ce qui concerne l'injure grave, cause de divorce : ci-dessus, p. 66, texte et notes 1-3 (nº **197**).

2. Voy. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, II, Paris, 1915, *passim*, notamment, p. 19-20 (nº **71**) et nº **165**, p. 366-369.

3. Parfois, un excès maladroit de précision aboutit à une dénaturation de la volonté du législateur. C'est ainsi que le qualificatif « très graves », employé par l'article 375 du Code civil pour spécifier les « sujets de mécontentement » justifiant, de la part du père, l'exercice du droit de correction sur son enfant mineur de 16 ans, a permis à la justice d'exercer un contrôle sur ce droit, même mis

cette formule, en visant à lui assigner un sens juridique, au moyen de directions, qui la maintiennent en des lignes fermes, susceptibles de racheter, par leur croisement, adroitement agencé, le flottement et la malléabilité du noyau central qu'elles enserrent. — C'est ce qu'on a tenté notamment au sujet de l'expression « bonnes mœurs »[1], qui semble indispensable encore pour traduire certains aspects, essentiels et impératifs, de la jurisprudence positive (voy. notamment : art. 6, 900, 1133, 1172, 1387 C. civ. franç. ; L. 5 juillet 1844, sur les brevets d'invention, art. 30-4° ; art. 3, L. 1er juillet 1901, relative au contrat d'association. — §§ 138, al. 1 ; 817 ; 819, al. 2 ; 826 C. civ. allemand, et art. 30, L. d'introduction au Code civil allemand. — Art. 52, al. 3, et 519-3° C. civ. suisse, et art. 2 de son titre final ; art. 20, al. 1 ; 66 ; 157 ; [163] ; 326 ; 710-2° C. fédéral des obligations revisé le 30 mars 1911).

De l'expression « bonnes mœurs » se rapprochent, par leur rôle habituel de limitation apportée à l'autonomie juridique de la volonté, les mots « ordre public », qui nous font passer à la terminologie du droit, tirée des idées politiques, c'est-à dire de considérations supérieures, dominant l'organisation même de la société des hommes. — Bien que, par leur nature, ces considérations semblent former partie intégrante de l'ordre juridique, elles se dégagent d'un *complexus* de situations et de faits tellement emmêlé et embrouillé, que la seule direction, un peu nette, qu'on en

---

en œuvre par la *voie d'autorité*. Voy. A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, 3e éd., t. I, Paris, 1920, p. 448.

1. Voy. notamment : R. Saleilles, *De la déclaration de volonté*. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand, Paris, 1901, sur l'art. 138, nos **41-84**, p. 269-291. — *Adde :* les idées de R. Stammler, résumées par Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, II, Paris, 1915, p. 165-166 (n° **109**) et n° **110**, p. 169-176. — Voy. encore : A. von Tuhr, *Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, t. I, Leipzig, 1910, Einleitung, VI, 3, Die guten Sitten, p. 32-34.

des notions, par l'intermédiaire desquelles se peuvent seulement exprimer les réalités juridiques [1]. Et, en supposant que les notions serrent du plus près possible ces réalités [2], il s'agit de reconnaître le fonds où elles seront puisées, pour découvrir, en même temps, la source des expressions le plus aptes à traduire les éléments essentiels de la règle de droit.

Or, les concepts, sans lesquels il est impossible de saisir des préceptes destinés à régir impérativement la conduite extérieure des hommes en société [3], s'empruntent, d'abord, au stock, infini et inépuisable, des notions courantes [4]. De fait, en tant qu'il prévoit et distingue certaines circonstances de la vie sociale, pour y attacher telles ou telles conséquences de droit [5], le juriste commence nécessairement par user de concepts sans caractères spécifiques, tels, par exemple, que la naissance ou la mort des hommes, l'usage des choses, le dommage causé, les actes de volonté sous leurs divers aspects. — Il est vrai que ces notions, en quelque sorte banales, se transformeront bientôt en notions proprement juridiques, par la vertu même de l'effet spécifique que le droit y attache : la naissance et la mort deviendront des faits d'état civil, ouvrant et clôturant la durée de la personnalité humaine avec toutes ses conséquences; l'usage des choses se précisera en détention ou en possession de droit; le dommage causé à autrui, dans certaines conditions, se caractérisera comme délit, quasi-délit ou

1. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, I, Paris, 1914, n° **51**, p. 150-152. Comp. n° **50**, p. 146-150.

2. Voy. ci-dessus, p. 194-196 (n° **218**). — *Adde* : n°s **222-223**, p. 206-211.

3. Voy. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, I, Paris, 1914, n° **16**, p. 47-52 et n° **42**, p. 119-122. — *Adde* : n°s **44-48**, p. 126-145.

4. Comp. P. de Tourtoulon, *Les principes philosophiques de l'histoire du droit*, Paris et Lausanne, Payot, 1908-1919, p. 411. *Adde* : p. 412.

5. C'est là l'essence du précepte juridique. Voy. ci-dessus, p. 276, avec les références de la note 2 (n° **231**).

inexécution d'obligation antérieure ; les actes de volonté seront, suivant les cas, des contrats, des testaments, des renonciations à un droit..., etc., etc. De même, et sur un terrain plus étroit, le délai d'exécution sera qualifié « terme », le retard, « demeure », tel arrangement entre propriétés foncières voisines, « destination du père de famille », l'élaboration d'une matière première, « spécification », etc.[1]. — Mais, il importe d'observer que les notions juridiques, ainsi formées, doivent ce caractère propre à la disposition, que formule la règle du droit consécutivement à la présupposition de fait, qui en constitue le point de départ[2]. Et, comme le droit n'est guère plus, en soi, que la forme d'une matière représentée par des disciplines plus profondes, parmi lesquelles la morale, l'économie, la politique tiennent le premier rang[3], il advient parfois que les notions, strictement juridiques, se relient aux notions courantes, par l'intermédiaire de notions, quelque peu élevées au-dessus de celles-ci, à titre de notions morales, économiques ou politiques, telles que — pour ne prendre ici que les plus générales — les notions de « bonnes mœurs, de crédit ou de circulation des biens, d'ordre public ». — De sorte que, — et sans entrer en des complexités ou nuances qui en multiplieraient presque indéfiniment le nombre, — nous relevons aisément comme trois étages

---

1. Comp., sur la formation des concepts faisant partie des règles de droit : S. SCHLOSSMANN, *Die Lehre von der Stellvertretung insbesondere bei obligatorischen Verträgen*. Erster Teil : Kritik der herrschenden Lehren, Leipzig, 1900, p. 26-32 (§ **4**). — Le même auteur a exprimé quelque part (*Der Vertrag*, Leipzig, 1876, p. 261-262 (**33**) l'idée, que le concept « droit de propriété » n'était qu'un expédient terminologique, par lequel nous désignons brièvement une grande masse de facultés ou de prétentions, qui ont un point de rattachement commun. Comp. ci-dessus, p. 244, note 5 (n° **225**).

2. Comp. ci-dessus, p. 279, texte et note 4 (n° **232**).

3. Voy. là-dessus : Fr. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, II, Paris, 1915, p. 19-20 (n° **71**) et p. 417 (n° **175**). *Adde* : p. 141, texte et note 4 (n° **102**) ; p. 148-159 (n° **104**) ; p. 178 (n° **111**) ; p. 181 (n° **112**). Et, comp. ci-dessus, p. 16-18 (n° **182**).

Une inadaptation analogue, quoique moins accentuée peut-être, aux besoins juridiques, se remarquerait sans peine, à propos d'autres expressions, du domaine politique, employées pour définir ou circonscrire l'usage des droits privés, telles que « les lois de police et de sûreté » (art. 3, al. 1 C. civ. franç.), « l'utilité publique » (art. 545, 649 et 650 C. civ.), « le domaine public » (art. 538-540 C. civ.), sans parler de l' « état de siège » avec ses conséquences infinies. — Il est certain, d'ailleurs, que le progrès incessant de la technique du droit public et administratif introduit ici des précisions précieuses, qui ne laissent pas de profiter aussi à la technique terminologique du droit privé.

260. — Quoi qu'il en soit, les observations précédentes semblent bien confirmer que ce n'est ni dans l'Économie, ni dans la Morale, ni dans la Politique, que le Droit trouvera les éléments les plus sûrs d'une terminologie adéquate à son but spécifique. Il reste donc, qu'il les emprunte plutôt au langage de la vie courante, en détachant de celui-ci les termes, les plus propres à représenter, avec la détermination et la précision nécessaires, les notions impliquées dans l'idée de la règle imposée, sous sanction sociale, au besoin coercitive, à la conduite extérieure des hommes, dans leurs rapports réciproques, en vue de l'ordre qui doit régner dans la Société[1]. — Et, sans doute, la plus grande fermeté technique sera obtenue au moyen d'expressions, qui, rattachées seulement par une étymologie occasionnelle au fonds linguistique commun, conservent une application strictement limitée au domaine juridique, dussent-elles s'étendre ensuite au delà par une sorte de rayonnement métaphorique : tels, entre autres, les mots : « hypothèque, testament, usucapion, prescription, adoption,

1. Comp. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, I, Paris, 1914, n° **16**, p. 47-52, notamment p. 51.

vente, louage, prêt, mandat, cautionnement, dépôt, etc. » — Mais il est clair aussi que les termes de ce genre sont loin de pouvoir suffire aux besoins de la langue du droit. Et, constamment, celui-ci se trouve dans la nécessité d'employer des mots, ayant, dans la langue commune, un sens général, ou, en tout cas, assez peu spécifique, pour comporter l'extension que postule la mise en œuvre pratique de la jurisprudence. Tels sont, à vrai dire, le plus grand nombre des termes, dont se servent les jurisconsultes. Et, c'est à leur sujet, que peut et doit s'exercer l'effort de précision, indispensable pour assurer le progrès de cette partie de la technique juridique.

Or, il est facile d'observer combien mal fixées, dans leur sens exact, restent encore nombre d'expressions, qui forment comme la monnaie courante de la linguistique juridique. Cela est vrai, d'abord et surtout, des expressions les plus générales, telles que « droits, actions, exceptions, personnes, choses, biens, patrimoine, sujets, objet, cause, contrats, délits, etc. ». — Même des mots, qui semblent d'une application strictement juridique, sont loin parfois d'avoir un emploi nettement circonscrit : ainsi le mot « servitude » (en n'entendant même par là que la servitude foncière), qu'on applique, tantôt à des charges exceptionnellement établies sur un immeuble au profit d'un autre (servitudes du fait de l'homme), tantôt aux limitations normales et nécessaires de la propriété foncière en raison de la coexistence ou du voisinage des immeubles (servitudes naturelles et légales), sans qu'apparaisse bien déterminé le lien nécessaire de ces deux acceptions ; de même, les mots « actes » et « titres », dont on se sert presque indifféremment, pour désigner, soit le fonds même d'une opération de droit (*acte juridique*, au sens propre), soit l'écrit destiné à la révéler extérieurement et à en conserver la preuve (*acte instrumentaire* ou simplement *instrument*)[1] ; voire l'expression « quasi-contrat », qui parais-

1. On sait que cette ambiguïté du mot « acte » a permis à l'inter-

de fixer certaine limite à la capacité d'agir pour soi-même ou au pouvoir d'agir pour autrui. — C'est ainsi que l'expression, qui la représente, apparaît employée à propos de la capacité du mineur (émancipé), de la femme mariée (séparée de biens) et de quelques autres incapables, comme aussi pour régler les pouvoirs de personnes chargées d'agir en leur lieu et place (père, tuteur, mari) ou d'autres représentants, et, plus généralement, lorsqu'on cantonne à un domaine restreint la faculté, pour une personne, d'engager juridiquement un patrimoine ou des biens particuliers, dont elle n'a pas la libre disposition (voy. par exemple au Code civil français, les art. **112, 120, 122, 124, 125, 127-132, 141, 223, 242-243, 365, 370, 383** [L. 2 juillet 1907], **389** [L. 8 avril 1910], **417, 418, 450, 454** [comp. 457-467], **481** [comp. 482-484], **507** [comp. 509], **779** [comp. 796], **803-804** [comp. 805-806 C. civ., 988 C. proc. civ.], **813, 814, 1421** [comp. **1422-1427**], **1428, 1449, 1454, 1549, 1576, 1856-1861, 1941, 1988**)[1].

Toutefois, si l'on veut dépasser cette indication rudimentaire et presque exclusivement négative, il faut convenir que le contenu juridique de l'administration — permettant de reconnaître *a priori* les opérations de droit, qui y sont comprises, et celles qui en restent exclues — n'est

1. Le Code civil semble opposer aux mots : « administrer, administration », les expressions : « aliéner, aliénation » (voy., par exemple : art. 128, 217, 243, 499, 513, 537, 541, 859, 860, 958, 1038, 1421, 1557 et suiv., 1576), ou encore les expressions : « disposer, disposition » [réservées plutôt aux donations et testaments] (voy. par exemple : art. 537, 893, 895, 897-900, 902-904, 907-911, 913 et suiv., 946, 949, 967, 968, 1003, 1010, 1013, 1039-1041, 1044, 1048 et suiv., 1079, 1082 et suiv., 1422, 2045, 2078). — Le mot : « gestion » offre un sens plus large et sert à désigner le fait d'accomplir les actes mettant en valeur un patrimoine, sans qu'on en précise la nature ou la gravité (voy., par exemple : art. 419, 444-2°, 450, 469, 470, 1031, 1372-1375, 1941, 1992, 1993, 1994, 2000, 2137, 2143, 2193, 2194, 2195). — On remarquera aussi l'article 1988, où se trouvent opposés aux actes d'administration les aliénations, hypothèques ou autres « actes de propriété ».

fourni nulle part, à titre général. Dès lors, l'expression « administration », même éclairée par son sens économique, reste juridiquement insuffisante, comme manquant de contours nettement saisissables (*quatenus manu tenere possunt*). Et, quand elle intervient pour circonscrire une capacité ou un pouvoir, le cercle, qu'elle prétend tracer, demeurant malléable et souple, au gré d'une appréciation dépourvue de critères objectifs précis, satisfait mal le besoin essentiel de sécurité des personnes (tiers *hoc sensu*), qui traiteront avec l'incapable ou le fondé de pouvoirs[1].

Aussi bien, toutes les fois qu'il y a lieu de fixer juridiquement les limites d'une capacité ou d'un pouvoir, le seul procédé, techniquement admissible, consiste à énumérer précisément, et d'après leurs caractères spécifiques, les actes ou faits juridiques, placés en deçà ou au delà des limites qu'on veut poser, en accentuant parfois leur détermination par une estimation chiffrée de leur valeur ou par des circonstances, aisément reconnaissables, de leur emploi[2]. Et, c'est ce que nous trouvons réalisé, plus ou moins heureusement dans nos lois civiles, pour la capacité des femmes mariées en général (art. 215-222 et 224-226 C. civ. franç.), pour celles des interdits judiciaires (art. 502-504 C. civ. ; — comp. pour l'interdit légal : art. 29 31

1. Il n'est pas sans intérêt de rappeler ici que, pour déterminer la sphère d'activité libre de certains incapables (impubères sortis de l'*infantia*, prodigues interdits, plus tard mineurs de 25 ans), les Romains avaient distingué les actes, par lesquels on fait sa condition meilleure (on devient propriétaire, ou créancier, ou bien on se libère), de ceux qui rendent notre condition pire (on aliène, on devient débiteur, on renonce à un droit). Voy. P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 6e édition, Paris, 1918, p. 204-205. Cette distinction, qui n'était pas satisfaisante de tous points, reposait, du moins, sur des critères strictement juridiques. — On en retrouve un écho très net dans le § 107 du Code civil allemand de 1896 (voy. l'édition française du Comité de législation étrangère, t. I, Paris, 1904, sous le § 107, note, § 1, p. 104). — Comp. le § 114 du B. G. B.

2. Un système analogue, poussé fort loin, sert à déterminer la compétence civile des juges de paix. Voy. L. 12 juillet 1905.

vent en dépit de toute logique, les mouvements du langage. Pourtant, on soupçonne sans peine ce qu'une discipline, rationnellement acceptée par les juristes, parfois même émanée de l'autorité législative, pourrait introduire, dans la terminologie du droit, de simplification heureuse et de précision utile. — Et, pour se rendre compte des résultats sérieux, qu'il soit permis d'espérer sous ce rapport, il suffirait de considérer, en prenant l'exemple pour nous le plus familier, l'œuvre linguistique du Code civil français de 1804. En dépit de sa forme peu apprêtée, toute simple et presque « bon enfant », combien d'expressions, jusque-là inconsistantes ou imprécises, n'a-t-il pas fixées ou permis de fixer, particulièrement dans les domaines du droit des personnes et de la famille, des biens en général, des successions, donations et testaments, domaines moins soigneusement élaborés jusqu'alors que ceux des obligations, des contrats, des sûretés personnelles et réelles ! Ici, il suffira de citer quelques termes, dont la signification exacte, autrefois douteuse, contestée, équivoque, est devenue certaine et admise de tous (sauf quelques divergences négligeables), grâce au Code Napoléon ou à son interprétation. Telles, les expressions : « non-présents absents, présumés absents, déclarés absents ; — résidence, domicile (de fait ou légal), domicile élu ; — enfants légitimes, enfants naturels, simples, adultérins, incestueux, enfants légitimés ; — tuteur, curateur, conseil ; — meubles et immeubles [avec leurs variétés] ; — servitudes continues, servitudes apparentes, destination du père de famille ; — héritiers légitimes, successeurs irréguliers, héritiers naturels [depuis la loi du 25 mars 1896] ; — légataires universels, à titre universel, particuliers ; — nullité, révocation, caducité des dispositions testamentaires ; — etc... etc...[1] ».

---

1. Comp. Fr. Geny (*La technique législative dans la codification civile moderne*), dans *Le Code civil. Livre du centenaire*, Paris, 1904 (t. II), p. 1013-1017, où se trouve surtout mise en relief l'insuffi-

Ce travail de criblage et d'affinage des mots, tendant à assurer, par la vertu du langage, l'ordre et la certitude, qui demeurent les *desiderata* essentiels du droit, — s'il n'a pas été, sauf quelques exceptions[1], poursuivi, — à l'image de certaines législations étrangères[2], — par les lois françaises récentes, a, du moins, trouvé comme un prolongement dans quelques efforts de la doctrine et de la jurisprudence. Certaines expressions, acclimatées par les arrêts, telles que la « cause impulsive et déterminante » des libéralités, le « brusque congédiement » dans le louage de services, « l'abus de citation » en matière de procédure, la « dot incluse » dans les paraphernaux, représentent très précisément des notions faisant partie intégrante de l'organisation juridique actuelle[3]. Et, en nous parlant de « faute contractuelle », de « faute délictuelle ou quasi délictuelle », d' « abus de droit », de « risque professionnel », de « droits éventuels »[4], les auteurs

---

sance de la technique législative du Code Napoléon. — *Adde : ibid.*, p. 999, p. 1000, p. 1003-1004, p. 1020-1021.

1. Voy. par exemple la loi du 27 juin 1904, sur le service des enfants assistés, dont le titre I (art. 1-4) est consacré à la définition technique de certains termes, qui reste exactement observée dans toute la suite de la loi.

2. On sait que la plupart des lois anglaises modernes contiennent des définitions légales, qui fixent le sens technique de certaines des expressions qu'elles emploient. Voy. les Annuaires de législation étrangère publiés par la Société de législation comparée. — Sur les tendances du Code civil allemand et du Code civil suisse, en matière de terminologie ou de phraséologie législatives, cons. Fr. Geny (*La technique législative dans la codification civile moderne*), dans : *Le Code civil. Livre du centenaire*, Paris, 1904 (t. II), p. 1024-1031, p. 1034-1036. — *Adde*, sur la terminologie du Code civil allemand : M. Wolff, dans *Zeitschrift für des gesammte Handelsrecht*, de L. Goldschmidt, 1902-1°, t. LI, p. 599; comp. p. 600-601.

3. La jurisprudence administrative offre encore un plus grand nombre de formules techniques, qui ont servi à poursuivre et à consolider ses progrès. Ex. : la *faute personnelle* (détachable de la fonction) et opposée à la *faute administrative* (du fonctionnaire); le *détournement de pouvoir ;* la *loi du service public ;* le *fait du service public.*

4. Cons. R. Demogue : 1° *Des droits éventuels et des hypothèses où ils*

nie que par les déterminations d'actes juridiques, qui, seules, en peuvent remplir le contenu. Et l'insuffisance de ces déterminations, d'après les textes toujours incomplets qui les expriment, trouve son complément dans l'esprit ou la tradition du régime, dont elles dépendent, bien plutôt qu'en la formule économique, aux contours essentiellement mous et flottants, qui prétend les dominer. — On peut, d'ailleurs, désirer, que, pour réduire au minimum les incertitudes d'une interprétation aussi délicate, le législateur fournisse lui-même, en termes précis, le plus grand nombre possible des déterminations nécessaires. C'est ce qui a été réalisé, non sans bonheur, par la loi du 6 avril 1910, fixant, sur un grand nombre de points, les limites, auparavant si incertaines, des pouvoirs effectivement compris dans « l'administration légale » du père, par rapport aux biens de ses enfants mineurs (art. 389 C. civ. franç.).

Au total, nous constatons que le terme « administration », d'origine essentiellement économique, est, à raison de son imprécision, d'un emploi peu utile, sinon fâcheux, dans la langue du droit. Il n'acquerrait une véritable valeur juridique que si son contenu se représentait suivant les modalités de son application (administration — pure — simple — libre — etc...) en des actes ou faits précisément déterminés, de façon à enfermer un « savoir potentiel »[1], susceptible d'une adaptation adéquate à la vie. A défaut de semblables déterminations, la notion d' « administration », se venant juxtaposer à des catégories variables suivant les cas, ne peut qu'introduire la confusion et l'obscurité dans l'interprétation juridique[2].

---

1. Comp. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, I, Paris, 1914, p. 151 (n° **51**).

2. Cons., sur tout cela : J. Penet, *Des administrateurs et des actes d'administration d'après le Code civil*, thèse de doct. Droit, Grenoble, 1882-*1883*. — P. Goldschmidt, *Essai sur l'acte d'administration en droit civil français*, thèse de doct. Droit, Paris, 1897-*1898*. — P. Le Baron, *De l'acte d'administration en droit civil français*, thèse de doct. Droit,

L'enseignement de cet exemple, emprunté à un mot, qui semble, malgré tout, susceptible d'une certaine adaptation juridique, pourrait être confirmé par des observations plus topiques. Il est curieux, notamment, qu'on n'ait pu faire entrer utilement dans la langue du droit les expressions du plus grand nombre des notions économiques courantes, ainsi : « valeur [1], profit, capital, travail, crédit, monnaie ». D'autres n'ont trouvé place parmi les catégories juridiques, que moyennant une dénaturation, plus ou moins profonde, de leur acception économique : « rente — fruits — entreprise — intérêt ».

La même idée expliquerait, je crois, la difficulté qu'on éprouve à substituer une distinction satisfaisante à notre vieille division des biens en meubles et immeubles. — Un système juridique organisé ne saurait se passer d'une division de ce genre, qui embrasse la totalité des choses (*summa divisio*), pour soumettre certaines d'entre elles à un régime de droit plus conservateur et plus ferme, tandis que les autres jouiront d'une circulation relativement libre et d'une protection moins assurée [2]. Et, l'on sait que les

---

Paris, 1915-*1916*. — *Adde :* B. Remy, *Le bail considéré comme acte d'administration en droit civil français,* thèse de doct. Droit, Lyon, 1912-*1913*. — Un nouvel effort, extrêmement poussé et fort intéressant, pour préciser la notion juridique de l' « *acte d'administration* », vient d'être tenté par A. Trasbot, *L'acte d'administration en droit privé français,* thèse de doct. Droit, Bordeaux, 1920-*1921*. Les résultats encore flottants, de cet effort (voy. notamment, *op. cit.*, p. 197-201), ne peuvent que confirmer mes conclusions.

1. Cons., notamment, en ce qui concerne le peu d'importance de la notion économique de « valeur », dans le problème juridique, si discuté, de la fixation des bases de l'indemnité, due en cas de réquisitions militaires, sur l'arrêt de Civ. cass., 6 mars 1917 : conclusions de M. le procureur général Sarrut, dans *Sirey,* 1917, 1, p. 17, col. 2-3; E. Naquet, note dans *Sirey,* 1917, 1, p. 11, col. 2. — Voy. aussi. E. R. Lafon et Julien Bonnecase, *Le critérium de la valeur en matière de réquisitions militaires,* Bordeaux, 1916.

2. Comp. H. Sumner Maine, *Etudes sur l'ancien droit et la coutume primitive* (trad. franç.), Paris, 1884, chapitre X, Classification des biens, p. 454-488, notamment p. 454-458.

de faire passer en une formule, pleinement compréhensive, le sens du texte obscur de l'article 1595, n° 2, du Code civil, relatif à l'un des cas où la dation en paiement est exceptionnellement permise entre époux [1]. On saisit là, sur le vif, comment, par le choix avisé des mots et leur adroit agencement, le juriste peut arriver à adapter à la fluidité concrète de la vie les notions figées et abstraites, qu'implique tout précepte de droit.

Les indications, clairsemées et incomplètes, résultant des développements qui précèdent, font mieux sentir encore l'infirmité et les lacunes de la partie de la technique juridique, dont j'achève ici l'examen. Aussi bien, mon seul but, en ce chapitre, pouvait-il être de faire entrevoir que le droit trouve, dans l'expression des idées par les mots et les phrases, un instrument technique important et que les juristes ne sauraient impunément négliger [2].

---

1. C. Bufnoir, Note dans *Sirey,* 83. 1. 473. — *Adde* note, sous Pau, 5 janvier 1885, *Sirey,* 86. 2. 113.

2. *Adde*, sur l'importance de la langue dans les actes juridiques : F. Endemann, *Einführung in das Studium des bürgerlichen Gesetzbuchs,* 5 A., t. I, Berlin, Heymann, 1899, p. 265-266 (§ **64**, II, pr. et 1).

CHAPITRE NEUVIÈME (XXIII)

COMBINAISON ET MISE EN ŒUVRE DES PROCÉDÉS PRINCIPAUX DE LA TECHNIQUE JURIDIQUE

SOMMAIRE. — **261.** Nécessité d'une combinaison harmonique et d'une exemplification symptomatique des procédés techniques.

I. — **262.** Tableau sommaire et réduction synthétique (à quatre groupes) des principaux procédés techniques. — **263.** Jeu parallèle, ou combiné, des procédés de divers groupes.

II. — **264.** Plan de l'exemplification à présenter, sur la mise en œuvre simultanée de ces procédés. — **265.** *a*) Résultats techniques d'une étude, précédemment faite, des droits sur les lettres missives. — **266.** *b*) Influence de la technique, relevée en divers travaux, relatifs au droit civil moderne. — **267.** *c*) Applications, de l'élaboration technique du droit, dans les problèmes de la formation du mariage et de la preuve de la filiation. — **268.** Résumé. Mélange incessant du « donné » et du « construit ». Problèmes nouveaux, qui surgissent de là.

261. — S'agissant, avant tout, de décrire et d'expliquer les procédés principaux, que l'examen et l'analyse des règles nous révélaient à la base de la technique juridique, nous les avons passés en revue un peu pêle-mêle, et sans ordre nettement défini. Ainsi, — et sans préjudice des omissions ou des lacunes, auxquelles nous étions par avance résignés [1], — nous avons vu, à propos des moyens typiques, par lesquels se réalisent, sous d'infinies modalités, les données fondamentales de la justice [2], en quoi

---

1. Voy. ci-dessus, p. 27-30 (nº **185**), p. 45-47 (nº **192**) et p. 51-52 (nº **195**).

2. Comp. Fr. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, Paris, 1915, notamment chapitre neuvième (XIV), nºˢ **160-177**, p. 351-422.

1792 (§ I, art. 4), n'avaient entendu y comprendre que des faits, manifestant un outrage, violent et réfléchi, de l'un des époux à la personnalité morale de l'autre. Mais, en incorporant cette notion morale, extrêmement vague par elle-même, dans une expression, du même ordre, dont la concision trompeuse ne pouvait qu'en estomper davantage encore les contours, ils laissaient à l'application de leur loi un jeu susceptible de déborder tout à fait leurs intentions. — A la vérité, un moyen s'offrait à l'interprétation, de se brider elle-même ici : c'eût été de donner au mot « injure » la signification précise, que lui assignent les lois pénales[1], notamment les lois sur la presse[2], et qui implique des paroles ou des écrits[3]. Toutefois, une conception aussi étroite, réprouvée d'ailleurs par l'étymologie et la tradition[4], en contradiction aussi avec les autres emplois de la même expression rencontrés dans l'œuvre législative

---

1. L'article 375 du Code pénal de 1810 (abrogé par L. 17 mai 1819, art. 26), venant à la suite des textes, qui punissaient la calomnie, était ainsi conçu : « Quant aux injures ou aux expressions outra- » geantes, qui ne renferment l'imputation d'aucun fait précis, mais » celle d'un vice déterminé, si elles ont été proférées dans des lieux » ou réunions publics, ou insérées dans des écrits imprimés ou non, » qui auraient été répandus et distribués, la peine sera d'une amende » de 16 francs à 500 francs. » — *Adde* l'art. 376 également abrogé.

2. Loi du 17 mai 1819, article 13, alinéa 2 : « Toute expression » outrageante, terme de mépris ou invective, qui ne renferme l'im- » putation d'aucun fait, est une injure. » — Cette disposition est textuellement reproduite par la loi sur la liberté de la presse, du 29 juillet 1881, article 29, alinéa 2. — Sur cette notion de l'injure, cons. G. Barbier, P. Matter, J. Rondelet, *Code expliqué de la presse*, 2e éd., t. I, Paris, 1911, n° **400**, p. 396-397; nos **443-450**, p. 438-441. *Adde :* nos **540-544**, p. 509-516. — G. Le Poittevin, *Traité de la presse*, t. II, Paris, 1903, nos **690-699**, **754-765**, et **819-903**, *passim*. *Adde :* nos **924-936**.

3. Comp. M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 8e éd., t. I, 1920, n° **1166**, p. 369.

4. Voy. notamment sur l'*injuria*, délit privé romain : P.-F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 6e éd., Paris, 1918, p. 408-411. Notez surtout, p. 410, « le développement doctrinal qui a ramené à la notion d'injure toutes les atteintes physiques ou morales à la personnalité ». *Adde* la note 4.

(voy. notamment art. 955-2°, art. 1046-1047 C. civ. franç.)[1], condamnée enfin par le rapprochement des mots « excès » et « sévices », étrangers à notre terminologie pénale, aurait manifestement faussé la pensée de la loi et réduit arbitrairement la portée de sa disposition. — Celle-ci s'est donc imposée, avec toute l'élasticité résultant de son origine morale. Et, l'on sait quelle extension, presque indéfinie, la jurisprudence lui a donnée, comprenant sous les mots « injures graves » les froissements les plus subtils de la sensibilité morale d'un conjoint[2] et y rattachant souvent aussi des circonstances antérieures à l'union conjugale[3]. — Peut-être, la doctrine a-t-elle ici manqué quelque peu à sa mission, en négligeant l'effort de préciser une notion, qu'on pouvait, du moins, ce semble, assujettir à l'esprit profond de l'institution du divorce, et en se bornant à peu près à classifier, d'une façon purement formelle, les variétés infinies de l' « injure grave », reconnues par les arrêts[4]. D'autre part, la Cour suprême a laissé, en cette matière, un champ d'appréciation, extrêmement large et presque illimité, aux juges du fond[5]. — Quoi qu'il en soit, le résultat a été de produire, par la seule voie de l'interprétation judiciaire, un « élargissement du divorce », manifestement contraire aux visées primitives du législa-

---

1. Voy. notamment : Civ. cass., 16 février 1874, *Sirey*, 75. 1. 416.

2. Voy., par exemple : Req. rej., 19 juillet 1909, D. P., 1909. 1. 503, *Sirey*, 1910. 1. 7.

3. Voy. l'analyse des arrêts, présentée par Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, 5e édition revue par E. Bartin, t. VII, Paris, 1913, § **476**, texte et notes 10-17, p. 277-280. — *Adde :* H. Le Goasguen, *Le divorce devant l'opinion, les Chambres et les Tribunaux*, thèse de doct. Droit, Rennes, 1912-*1913*, p. 129-166.

4. Voy. pourtant : M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 8e édition, t. I, Paris, 1920, no **1158**, p. 367-368. *Adde :* nos **1166-1170**, p. 369-371. — A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, 3e éd., t. I, Paris, 1920, p. 209-210.

5. Voy. notamment : Req. rej., 1er décembre 1915; 19 janvier, 7 juin, 5 et 19 juillet 1916, D. P., 16, 1. 249 (1re, 2e, 6e, 7e et 8e espèces). — Voy. les deux derniers arrêts dans *Sirey*, 1916. 1. 151.

çoit pas bien comment ces procédés, à portée si nettement spécifique, peuvent concourir ensemble à ce qui doit rester l'effort suprême de la technique : une mise en œuvre du droit, heureusement adaptée à toutes les circonstances, à tous les besoins de la vie pratique.

Mais, il paraît possible, — une fois fait l'examen individuel et concret qui s'imposait avant tout, — d'enfermer l'ensemble des moyens envisagés, en des compartiments, moins nombreux et plus cohérents, qui, basés sur quelques idées rationnelles, fassent mieux ressortir les directions capitales de la technique, réduisent les divergences et complexités inutiles, ouvrent la voie à de nouveaux procédés de détail, montrent à la fois les liens qui unissent et les traits qui séparent les classes fondamentales, ainsi établies, de façon à en préparer la combinaison méthodique et le fonctionnement parallèle.

En effet, si l'on met, un instant, à part, les instruments de seconde ligne, pour ne considérer, d'abord, que les éléments premiers et fondamentaux de la technique juridique, il semble, suivant une distinction déjà précédemment annoncée[1], que ceux-ci puissent être rattachés à l'une ou à l'autre des idées suivantes. — Tantôt, le jurisconsulte, travaillant directement la matière sociale, cherche à assujettir, par le moyen des préceptes, les faits, de la vie de l'homme en société, soit à des formes extérieures, qui commandent ou spécifient leur règlement juridique (formalisme, y compris publicité), soit à des conditions intrinsèques, qui permettent de les caractériser et de fixer leur statut respectif (catégories). Tantôt, l'effort technique se présente plutôt comme une œuvre de la pensée, élaborant les données primitives de l'ordre juridique, au moyen du concept, qui affine le mécanisme, un peu raide, de la règle brute, et qui, opérant cette réduction systématique des éléments substantiels du droit, où nous

1. Voy. ci-dessus, n° **193**, p. 47-48.

avons vu comme la contexture intime de la technique juridique fondamentale [1], se traduit en mille variétés, parmi lesquelles les présomptions et les fictions de droit ne nous sont apparues que comme les spécialisations plus marquées d'un même procédé général [2]. — Quant au langage (terminologie et phraséologie juridiques), bien qu'il représente l'expression nécessaire des concepts et de leurs agencements [3], il a un rôle tellement universel, qu'il sera plus sûr de le ranger à part, comme pénétrant tous les procédés de technique juridique, quels qu'ils soient. — En tout cas, pareille séparation s'impose pour les sources formelles du droit positif, qui, par leur action suprême et constante, dominent les formes et catégories qu'elles mettent en œuvre, aussi bien que les concepts dont elles s'inspirent, et jouissent manifestement d'un rôle distinct dans l'ensemble de la technique du droit [4].

En définitive donc, — et sans méconnaître leur enchevêtrement inéluctable, mais en cherchant à démêler les tendances divergentes de leurs rôles respectifs, — nous proposerions de discerner, en quatre groupes principaux, les divers procédés de la technique du droit, qu'une analyse minutieuse risquerait de multiplier à l'infini :

A. Les procédés matériels, ou plastiques, reposant sur les formes et les catégories.

B. Les procédés intellectuels, qui convergent tous autour de la construction juridique.

C. Le langage, considéré comme expression obligée de toute pensée.

---

1. Comp. ci-dessus, p. 52-59 (n° **196**).

2. Voy. ci-dessus, chapitre septième (XXI), n^os **223-252**, p. 259-445, et surtout n° **253**, p. 445-447.

3. Voy. ci-dessus : chapitre huitième (XXII), n^os **254-260**, p. 448-492, et surtout p. 448-449 (n° **254**) ; p. 454-455 (n° **255**) ; p. 459-460, α (n° **256**) ; p. 465-466 (n° **258**).

4. Voy. ci-dessus : n^os **199-201**, p. 81-83, et surtout p. 83 (n° **199**), p. 92-93 (n° **201**, *in fine*).

D. Les sources formelles, où s'extériorise une volonté, ayant qualité pour poser la règle de droit.

263. — Cette division condensée une fois admise, — du moins à titre provisoire et en vue du but actuellement poursuivi, — il ne sera pas malaisé de faire entendre comment le jeu des divers procédés se peut conduire parallèlement, souvent même s'agencer d'accord ou se combiner, sans qu'il en résulte de heurt insurmontable, mais de façon, au contraire, à coopérer efficacement à l'objectif propre de la technique juridique.

A cet effet, il convient, tout d'abord, d'observer que les procédés matériels ou plastiques se meuvent dans un plan tout différent de celui des procédés intellectuels, de telle sorte qu'ils s'appliquent, quand il y a lieu, distinctement les uns des autres, et ne sauraient, à proprement parler, se rencontrer.

Les premiers, en effet, tendent à marquer de l'estampille juridique certains actes, faits, ou situations, en ne les reconnaissant comme dignes d'effets de droit, que moyennant un revêtement extérieur déterminé (formalisme), ou bien, à défaut ou dans l'insuffisance de celui-ci, en leur imposant des conditions intrinsèques, constitutives de cadres qui leur assignent impérieusement une configuration précise (catégories juridiques). — Pareils procédés, d'ailleurs, n'apparaissent pas toujours dans leur plein épanouissement. Et, le droit moderne s'abstient souvent d'y recourir, ou, du moins, n'en fait qu'un usage restreint, maintenant purement et simplement les principes généraux de « spiritualisme du droit »[1], de liberté des actes juridiques, voire de neutralité des faits quelconques; d'où il résulte que, faute d'exigences plastiques, toujours quelque peu exceptionnelles, les règles de droit saisissent, dans leur consistance originaire, les circonstances de la vie sociale,

1. Comp. ci-dessus, p. 103-105 (nº **204**, *initio*).

qui, par leur contenu, soulèvent une question de justice. Aussi bien, arrive-t-on, par ce moyen, à constituer le *substratum* matériel, capable d'entraîner la sanction coercitive, signe caractéristique du droit positif.

Mais, quelle que part qui soit faite à cet élément primordial de la reconnaissance juridique, c'est en le supposant établi et en vue d'en faciliter le jeu, qu'interviennent les procédés intellectuels de la construction de droit, tous basés sur la représentation par concepts. Conceptions simples, fictions légales, présomptions de droit, visant toutes, d'une façon générale, à adapter les règles à la vie par un effort de pensée, qui réduit ou déforme les éléments substantiels du droit, toutes supposent ces éléments préétablis avec la plasticité, plus ou moins accentuée, qui, seule, les rend saisissables à l'esprit. — C'est dire que la procédure intellectuelle n'est que secondaire dans l'ensemble de l'élaboration technique du droit positif. Elle se superpose, s'il y a lieu, aux éléments primordiaux de la règle ; et, obligée de les prendre comme bases, elle ne saurait entrer en conflit avec eux. Entre les multiples procédés qui la constituent, le choix se fait suivant les circonstances, et en tenant compte de leur nature respective, ainsi que nous l'avons constaté précédemment, en étudiant avec quelques détails les présomptions et les fictions de droit[1]. De ce chef, encore, aucun conflit d'ordre général n'apparaît possible, qui commandât des directions précises.

D'un autre côté, les ressources du langage, dont nous avons constaté l'importance pour l'affermissement d'une sérieuse technique du droit[2], viennent, elles-mêmes, se plaquer sur les constructions précédentes, et ne font guère que revêtir les concepts d'une armature ferme, presque

1. Comp. ci-dessus, chapitre septième (XXI), n[os] 228-253, p. 258-447.
2. Voy. ci-dessus, chapitre huitième (XXII), n[os] 254-260, p. 448-492.

hiératique, résistante à la dénaturation et à la déformation. Pas plus de difficultés, dès lors, pour les accorder avec les autres procédés techniques, dont elles forment le complément nécessaire.

Restent seulement les sources formelles du droit positif, qui, envisagées comme instruments techniques, et exprimant le contenu d'une volonté, quelque peu arbitraire, n'iront pas parfois, sans contredire les autres moyens, en plus étroite dépendance de la réalité. — Assurément, par cela même qu'elles n'ont d'autre but que d'imprimer un sceau officiel et catégorique à la règle de droit elle-même, les sources formelles — dont la loi écrite reste le type achevé — doivent, elles aussi, s'inspirer des exigences supérieures de la « technique juridique fondamentale », et consacrer les formes ou autres éléments plastiques du droit, en usant des concepts nécessaires et employant une langue nettement définie. Il n'en est pas moins vrai, qu'une fois portée, et quelle que soit sa perfection technique, la loi écrite — dont se rapprocherait aisément la coutume — joue le rôle d'un élément distinct, ayant sa valeur propre, et qui pourrait, en fait, se trouver inférieure, du point de vue technique, à la règle librement conçue par l'interprète. Ici donc, se laisse entrevoir la possibilité d'un conflit entre la technique libre et la technique incluse dans les formules légales (ou coutumières). — Mais il ne paraît pas douteux que, s'il se rencontre, semblable conflit doive être tranché dans le sens de la prépondérance de la source formelle, celle-ci fût-elle jugée fort au-dessous des exigences d'une technique indépendante. Cette solution s'impose, de quelque façon que l'on veuille trancher le conflit, d'ordre différent, qui se peut offrir entre la loi écrite et les données du juste objectif[1]. Ici, prenant la loi simplement comme instrument

1. Voy. ci-après, dans la quatrième partie de cette étude : Rapports entre l'élaboration scientifique et l'élaboration technique du droit positif (t. IV de *Science et technique*, à paraître ultérieurement), l'étude du conflit entre le droit naturel et la loi positive écrite.

technique, nous disons qu'incontestablement elle absorbe et domine, au besoin, dans la mesure des prescriptions qu'elle édicte, tous les autres moyens techniques, avec lesquels elle se trouverait en concours. La raison en est que la loi écrite nous présente, de soi, le procédé technique le plus parfait, celui qui, répondant le mieux aux exigences profondes de la « technique fondamentale », précision, fermeté, sûreté [1], et qui, n'ayant, en réalité, d'autre destination que celle de fixer les incertitudes de la vie sociale, concentre en lui toute la puissance de la technique elle-même, et s'impose, à ce titre, en dépit des contradictions et obstacles éventuels [2]. La portée des autres moyens reste toujours plus ou moins sujette à discussion et à doute. Mais la loi écrite, une fois édictée, ne laisse prise, techniquement parlant, à aucune hésitation sur les points qu'elle règle. Et il en serait de même de la coutume, quand elle offre, elle aussi, les caractères d'une source formelle techniquement organisée [3], sauf à trancher, s'il y a lieu, un autre conflit possible entre la loi et la coutume, d'après les signes de préférence qui assurent une primauté éventuelle à la loi écrite [4].

Au surplus, ce conflit éventuel — qu'il fallait prévoir et sommairement régler — entre les sources formelles, loi écrite en tête, et les procédés plus directs de la « technique juridique fondamentale », — se présentera, en fait, assez rarement. — Ce n'est pas que la loi emploie toujours elle-même ces moyens, en tenant compte des exigences internes

1. Comp. ci-dessus, n° **189**, p. 36-39.

2. Voy. notamment : Fr. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899, p. 207 (n° **91**) et n° **92**, p. 208-210 ; 2e éd., 1919, t. I, p. 238 (n° **91**) et n° **92**, p. 240-242. — *Adde* : nos **93-108**, p. 210-275 ; 2e éd., t. I, p. 242-316.

3. Fr. Geny, *Méthode d'interprétation*, Paris, 1899, p. 207 (n° **91**) ; 2e éd., 1919, t. I, p. 238 (n° **91**) ; — et n° **110**, p. 277-281 ; 2e éd., 1919, t. I, p. 318-324. — *Adde* : n° **109** et nos **111-124**.

4. Fr. Geny, *Méthode d'interprétation*, Paris, 1899, nos **125-129**. — Comp. ci-dessus, p. 88-89 (n° **200**, γ).

de chacun d'eux. La vérité est plutôt que, jouissant d'une autorité propre, le législateur n'a, le plus souvent, pas besoin de recourir aux artifices, qui sont surtout les adjuvants et les guides de l'interprétation livrée à ses propres forces. C'est ainsi que la loi n'use guère et devra, de moins en moins, user de la construction juridique basée sur les concepts [1]. Nous avons montré aussi qu'il lui convient peu d'avoir recours aux fictions [2]. Que si elle consacre plus souvent des présomptions de droit, ce sera pour des motifs spéciaux, tirés des exigences de la preuve, et par une décision, quelque peu arbitraire, comme telle, d'ailleurs, manifestement indiscutable [3]. Sans doute, le législateur doit soigner de très près sa terminologie et sa phraséologie [4]. Mais il est clair que les formes de langage, consacrées par la loi, tirent, de là même, une autorité infrangible [5]. D'autre part, quand les textes légaux imposent des formes nécessaires à la reconnaissance juridique de certains actes ou faits, ou s'ils inclusent ceux-ci en des catégories qui fixent inaltérablement leurs conditions et leurs effets, ils ne font que se servir des moyens suggérés par l'expérience, et l'on ne peut parler d'un véritable conflit. Bref, le conflit, qui ne se conçoit guère que sur le terrain des procédés intellectuels, sera, le plus souvent, évité, grâce à la réserve dont le législateur doit user dans l'emploi de ces procédés. Et, supposé qu'il se présente, il ne saurait être tranché que par la prédominance de la loi écrite. — Ce que nous venons

1. Comp. Fr. Geny, *Méthode d'interprétation*, Paris, 1899, p. 241-245 (n° **101**); 2e édition, 1919, t. I, p. 278-283 (n° **101**).

2. Voy. ci-dessus, p. 427-432 (n° **250**).

3. Comp. ci-dessus, p. 314 (n° **235**). — *Adde :* nos **230-239**, p. 264-360, *passim*

4. Comp. Fr. Geny, *La technique législative dans la codification civile moderne,* dans *Le Code civil* (1804-1904). *Livre du Centenaire*, t. II, Paris, 1904, p. 989, p. 993, p. 996, p. 999, p. 1000-1002, p. 1003-1004, p. 1005, p. 1006, p. 1008, p. 1011, p. 1013-1017, p. 1020, p. 1024-1027, p. 1028-1031, p. 1033, p. 1037.

5. Voy. ci-dessus, p. 456 (n° **255**). — *Adde :* n° **257**, p. 461-465.

de dire de celle-ci serait plus vrai encore de la coutume, qui, par sa nature même, répugne plus directement aux procédés intellectuels, qui échappe, en même temps, aux difficultés de terminologie, qui, loin de pouvoir contredire les formes, les modes de publicité, les catégories, leur donne, à défaut de la loi, l'estampille le plus souvent nécessaire.

Finalement, nous constatons que l'agencement ou la combinaison, des divers instruments techniques de la mise en œuvre du droit positif, se réalisera, en pratique, de façon assez aisée, sur la base des idées suivantes. Avant tout, s'appliqueront les sources formelles : loi écrite, d'abord, à son défaut, coutume. En dehors de l'empire de ces sources, qui ne donnent guère que des directions générales, l'interprétation met en valeur, suivant les cas, les procédés plastiques ou les procédés intellectuels. Mais ces deux sortes de moyens ne se choquent pas les uns les autres, parce qu'ils opèrent dans un plan différent, les seconds n'intervenant que subsidiairement aux premiers. Enfin, les formes de langage brochent sur le tout, sans rien contrarier.

II

264. — Quelques développements suffiront maintenant, — après les indications concrètes déjà présentées à propos de leur étude analytique, — pour faire entrevoir, dans une synthèse plus large, l'application conjuguée des principaux procédés de la technique du droit.

Afin de maintenir, autant que possible, l'homogénéité et la cohérence de mon travail, j'emprunterai de préférence ces adaptations aux exemples typiques, qui m'ont servi, dans une partie antérieure de l'ouvrage, à montrer comment s'appliquent les principes généraux de l'élaboration scientifique du droit positif[1]. — Et, mettant résolument à

1. Fr. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, t. II, Paris, 1915, nos **173-174** *bis*, p. 399-415. — Comp. nos **171-172**, p. 389-399.

l'écart les grands compartiments de l'organisation juridique privée [1], sur lesquels une étude technique un peu minutieuse ne se pourrait greffer qu'au prix de longueurs infinies, sans revenir sur le problème occasionnel de la réparation des dommages de guerre [2], où toute la technique est condensée en une législation écrite, minutieusement élaborée, visant surtout à enfermer le droit qu'elle consacre en un complexe réseau de modalités destinées à assurer le but de reconstitution nationale qui seul a paru pouvoir le légitimer pleinement [3], je voudrais seulement : *a*) relever, du point de vue actuel, les résultats acquis par moi dans une monographie consacrée aux droits sur les lettres missives; *b*) en rapprocher les indications, que fournissent d'autres travaux, ayant poursuivi, plus ou moins consciemment, l'élaboration technique du droit; *c*) montrer sommairement le jeu de celle-ci, pour la mise en œuvre des théories juridiques, se rattachant à la formation du mariage et à la preuve de la filiation.

265. — *a*) Après avoir dégagé, dans leurs lignes capitales, et suivant les données essentielles de toute organisation juridique, les droits dont les lettres missives sont susceptibles, soit en eux-mêmes, soit respectivement aux facultés concurrentes [4], — il s'agissait de les mettre en œuvre, d'en déterminer les conditions, d'en préciser les

---

1. Comp. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, t. II, Paris, 1915, n° **173**, p. 399-405.

2. Loi du 17 avril 1919, sur laquelle voy. notamment : L. Rolland, *La loi du 17 avril 1919 sur la réparation des dommages causés par les faits de la guerre* (extrait de la *Revue du droit public*, avril-mai-juin 1919). — L. Milliot, *Les principes directeurs de la loi sur la réparation des dommages causés par les faits de la guerre*, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1919, t. XVIII, p. 47-63.

3. Comp. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, t. II, Paris, n° **174** *bis*, p. 410-415.

4. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, t. II, Paris, 1915, p. 406-408 (n° **174**).

effets, de circonscrire leur action, bref de les faire entrer parmi les relations ordonnées de la vie sociale, au moyen d'une technique appropriée.

L'aisance naturelle, qu'il convenait de laisser à leur jeu[1], ne permettait pas d'imposer aux missives des formes rigoureuses, sauf à restreindre leurs effets proprement juridiques, surtout leur force probante, par les règles générales, qui conditionnent, sous ces rapports, la valeur de tous écrits, soit dans l'ordre civil ou commercial[2], soit dans l'ordre criminel[3]. En même temps, les catégories juridiques normales ouvraient librement leurs cadres à des facultés, qui surgissent toutes d'un usage de la vie, des plus simples, consacré, comme tel, par le droit positif[4].

Mais, des concepts, excédant souvent la stricte représentation des réalités, sont intervenus pour spécifier ces facultés, issues de l'emploi de la correspondance, et leur assigner une configuration juridique, qui, les classant sous des catégories préétablies, permît d'en développer le con-

---

1. Comp. Fr. Geny, *Des droits sur les lettres missives étudiés principalement en vue du système postal français,* Paris, 1911, t. I, nos **2-9**, p. 2-11. — *Adde :* nos **10-16**, p. 11-20 (chapitre premier).

2. Fr. Geny, *Des droits sur les lettres missives,* Paris, 1911, chapitre septième, section I, nos **158-174**, t. II, p. 5-80; section II, § II, nos **180-183**, t. II, p. 93-104 [voy. notamment p. 97-98 (no **181**); p. 103-104 (no **183**)]; chapitre huitième, § IV, nos **204-208**, p. 148-161. — Comp. aussi no **264**, t. II, p. 289-291.

3. Fr. Geny, *Des droits sur les lettres missives,* Paris, 1911, t. II, p. 327-328 (no **282**); surtout chapitre treizième, section I, § II, nos **292-308**, t. II, p. 346-387. — *Adde : ibid.,* section II, nos **309-322**, p. 387-416.

4. Voy. Fr. Geny, *Des droits sur les lettres missives,* Paris, 1911, *passim,* notamment nos **11-12**; t. I, p. 15-17; p. 18 (no **14**); nos **26-29**, p. 39-55; nos **49-52**, p. 137-144; p. 173-174 (no **65**); nos **87-89**, p. 224-233; p. 240 (no **92**); p. 247 (no **96**); p. 267-268 (no **104**); p. 286 (no **109**); no **115**, p. 298-300; no **116**, p. 300-303; nos **118-123**, p. 306-317; nos **131-136**, p. 333-347; no **175**, t. II, p. 81-82; t. II, p. 104-105 (no **184**); p. 105-106 (no **185**). — Comp. t. I, Avant-propos, p. x; p. xii; p. xiv; t. II, Conclusion, p. 418-419 (no **323**); p. 421-422 (no **325**).

tenu et d'y rattacher certaines conséquences qui prêtaient au doute[1]. — C'est ainsi, notamment, qu'on a pu faire sortir de la liberté et inviolabilité des correspondances un droit subjectif, compris parmi les droits publics individuels ou libertés publiques, ayant nature d'un « bien inné », placé sous la protection du droit commun, faculté générale ouverte à tous, gagnant par là un relief précieux et une fermeté d'assiette inébranlable à l'effet du temps[2]. — D'une autre part, le droit privé au secret des lettres, reconnu au profit de tous ceux dont l'intimité est touchée par la correspondance, s'érigeait aisément en un « droit de la personnalité », insusceptible de cession arbitraire, strictement attaché à la personne de ses bénéficiaires, réservé, après ceux-ci, à leurs parents, comme tels, plutôt qu'à leurs héritiers[3]. — Mieux encore, le droit du destinataire à l'usage et à la possession des missives a pu être caractérisé comme un « droit de propriété » proprement dit, avec le riche contenu juridique, qu'une élaboration préalable assigne à celui-ci[4]. — Et, si le « droit d'auteur », s'offrant également en cette matière, avait sa physionomie fixée d'avance dans le droit de propriété littéraire, qu'il suffisait d'adapter à la nature particulière des correspondances[5], le « droit à la preuve » méritait, ici, une construction, plus finement agencée, et aboutissant à étendre beaucoup l'utilisation probatoire des lettres missives, pour

---

1. Comp. Fr. GENY, *Des droits sur les lettres missives*, Paris, 1911, t. I, Avant-propos, p. IX-XIII, p. XIV-XV ; p. 18-19 (n° **14**) ; p. 137-138 (n° **49**) ; — t. II, Conclusion, p. 419 (n° **323**) ; n° **325**, p. 421-423.

2. Fr. GENY, *Des droits sur les lettres missives*, Paris, 1911, n^os **64-66**, t. I, p. 172-177.

3. Fr. GENY, *Des droits sur les lettres missives*, Paris, 1911, n^os **87-89**, t. I, p. 224-233.

4. Fr. GENY, *Des droits sur les lettres missives*, Paris, 1911, n^os **116-130**, t. I, p. 300-331. — Comp. t. II, p. 146-148 (n° **203**).

5. Fr. GENY, *Des droits sur les lettres missives*, Paris, 1911, chapitre sixième, n^os **131-156**, t. I, p. 333-395.

tous ceux qui pussent y puiser un avantage juridique [1]. — Les mêmes conceptions étendaient parfois leur vertu à certains points du règlement des conflits de divers droits sur les lettres, soit entre eux, soit avec d'autres facultés du droit commun [2]. — Et, tout cela n'allait pas, sans qu'on dût parfois user, soit de présomptions de droit, pour élargir le terrain des réalités certaines par les inductions tirées de vraisemblances [3], soit même, éventuellement, de fictions dénaturant de parti pris les choses en vue de certains résultats pratiques [4]. — Ainsi, le jeu des concepts, maniés sous tous leurs aspects, constamment précisé aussi par les locutions techniques, nous a montré sa fécondité et sa souplesse, pour assurer à un emploi usuel de l'activité sociale les traits plus fermes que postule l'ordre juridique.

Toutefois, ces résultats fussent restés vacillants et précaires, s'ils n'eussent pu s'appuyer à des textes légaux, qui, si réduits fussent-ils, constituaient une solide armature à toute la construction [5]. Et celle-ci s'affermissait, de

---

1. Fr. Geny, *Des droits sur les lettres missives*, Paris, 1911, chapitre septième, section II, n^{os} **175-186**, t, II, p. 81-107.

2. Fr. Geny, *Des droits sur les lettres missives*, Paris, 1911, chapitres huitième-treizième, t. II, n^{os} **187-322**, p. 109-416, *passim*.

3. Voy. notamment : Fr. Geny, *Des droits sur les lettres missives*, Paris, 1911, t. II, p. 21 (n° **165**) ; p. 68, texte et notes 4-5 (n° **173**); p. 73, texte et note 3 (n° **174**); p. 76, p. 77-78 (n° **174**); p. 100 (n° **182**); p. 187, texte et note 1 (n° **222**); p. 374, texte et note 4 (n° **303**); p. 411, note 1 (n° **320**).

4. Cons., par exemple : Fr. Geny, *Des droits sur les lettres missives*, Paris, 1911, t. I, p. 69 (n° **33**); t. II, p. 67, texte et note 2 (n° **173**).

5. Voy. Fr. Geny, *Des droits sur les lettres missives*, Paris, 1911, *passim*, notamment : t. I, n° **15**, p. 19-20; n° **18**, p. 23-27; n^{os} **23-24**, p. 34-38; p. 71-77 (n° **35**); p. 86-89 (n° **38**); p. 92 (n° **39**); p. 95 (n° **40**); p. 100 (n° **41**); p. 110-112 (n° **42**); p. 113-116 (n° **43**); p. 118-119 (n° **44**); p. 121-126 (n° **45**); p. 129 et p. 133-134 (n° **46**); n^{os} **55-56**, p. 150-158; n^{os} **60-63**, p. 164-172; n° **68**, p. 181-182; p. 188 (n° **71**); p. 192 (n° **73**); p. 206 (n° **79**); p. 230 (n° **88**); p. 248 (n° **96**); p. 250-252 (n° **97**); p. 255 (n° **98**); p. 257-260 (n° **99**); p. 286 (n° **109**); p. 288-290 (n° **112**); p. 295 (n° **114**); p. 298-299 (n° **115**); p. 303 (n° **116**); p. 309 (n° **119**); p. 326-329 (n° **128**); n° **133**, p. 337-339; p. 342 (n° **135**); p. 350 (n° **138**); p. 354-355

plus belle, non seulement par l'autorité des décisions doctrinales ou jurisprudentielles, aidant à fixer l'interprétation des textes et l'application des principes[1], mais, mieux encore, par les solutions et pratiques concrètes de l'Administration des postes et télégraphes, qui, dans la mesure où elles influent sur les facultés juridiques des intéressés, peuvent, suivant les cas, donner naissance à une véritable coutume, génératrice de règles s'imposant, du moins, pour suppléer les lacunes de la loi[2].

En somme, c'est, à doses diverses, tout l'ensemble des

(n° **140**); p. 357-358 (n° **141**); p. 361 (n° **144**); p. 374 (n° **150**); p. 376 et 378 (n° **151**); p. 387-388 (n° **153**); p. 392-393 (n° **155**); — t. II, n^os **160-174**, p. 7-80; n^os **181-182**, p. 93-101; p. 106 (n° **185**); p. 143 (n° **202**); p. 164 (n° **210**); p. 173 (n° **215**); p. 175 (n° **216**); p. 178-180 (n° **218**); p. 183 (n° **219**); p. 186-187 (n^os **221-222**); p. 192-195 (n° **224**); p. 198-202 (n^os **227-229**); p. 203-204 et 206 (n^os **231-232**); p. 212 (n° **235**); p. 218-221 (n^os **237-238**); p. 246-248 (n° **245**); p. 263 (n° **250**); p. 270 (n° **253**); p. 275 (n° **257**); p. 277 (n° **258**); p. 281 (n° **260**); p. 282 (n° **261**); p. 288 (n° **263**); p. 289 (n° **264**); p. 294 et 296 (n° **266**); p. 298-308 (n^os **268-272**); p. 308-310 (n^os **273-274**); p. 316 (n° **278**); p. 320 (n° **279**); p. 330-334 (n^os **284-287**); p. 336 (n° **289**); p. 349-353 et 355 (n^os **294-295**); p. 359-360 (n° **297**); p. 364-373 (n^os **299-302**); p. 383 (n° **308**); p. 388-389 (n° **310**); p. 391-396 (n^os **312-313**); p. 400 (n° **315**); n° **318**, p. 404-406; p. 410-411 (n° **320**); p. 412-415 (n^os **321-322**); p. 425-426 (Additions et rectifications).

1. Comp, Fr. Geny, *Des droits sur les lettres missives,* Paris, 1911, t. I, Avant-propos, p. vi, texte et note 1 ; et *passim,* dans tout le cours de l'ouvrage.

2. Voy. Fr. Geny, *Des droits sur les lettres missives,* Paris, 1911, t. I, Avant-propos, p. xviii, p. xix, texte et note 1 avec les références, auxquelles il faut joindre t. II, n° **269**; p. 300-302 et p. 308 (n° **272**). — *Adde* encore : t. I, p. 60-61 et 64 (n° **32**); p. 120 (n° **44**); p. 124 (n° **45**); p. 132, texte et note 1 (n° **46**); p. 192, texte et notes 2-3 (n° **73**); p. 254 et 256 (n° **98**); p. 260 (n° **100**); p. 264 (n° **102**); p. 275, texte et note 2 (n° **106**); p. 277 (n° **107**); p. 283, texte et note 4 (n° **108**); p. 290 (n° **112**); — t. II, p. 46, texte et note 2 (n° **167**); p. 263-264 (n° **251**); p. 306, texte et notes 2-3 (n° **271**); p. 363 (n° **298**); p. 374, texte et note 3 (n° **303**); p. 379, texte et note 6 (n° **304**); p. 389 (n° **310**); n° **316**, p. 402; p. 410-411 (n° **320**); p. 412-414 (n° **321**); p. 415-416 (n° **322**). — Comp. Fr. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif,* Paris, 1899, n^os **109-129**, p. 276-366; 2e éd., 1919, t. I, p. 317-417.

procédés techniques, qui entre en action, pour faire pénétrer, positivement et impérieusement, dans le cadre de l'organisation juridique positive, les facultés, multiples et variées, issues de la correspondance par lettres missives [1]. Et, si elle s'appuie nécessairement sur les bases fermes d'une élaboration scientifique préalable, si, même, en son développement de détail, elle se fond parfois avec celle-ci, sous la trame générale de l'œuvre intellectuelle, que constitue toute étude juridique [2], cette élaboration technique n'en reste pas moins distincte, par ses moyens comme par ses résultats, et méritait, à ce titre, d'être tirée à part dans l'analyse, critique et objective, d'un travail, visant à la pénétration profonde d'une institution juridique donnée [3].

266. — *b*) L'importance capitale de la technique juridique ressortirait de même, pour qui voudrait les envisager sous cet angle, de la plupart des travaux, qui, sous des formes et à des degrés divers, ont eu pour résultat incontestable la mise en lumière des principales poussées productrices de notre droit positif moderne.

Ainsi, quand on cherche à discerner ce qui fait la supériorité décidée, ce qui assure la valeur durable, au regard de tant d'ouvrages de style plus alerte et de forme plus brillante, du *Cours de droit civil français* de MM. AUBRY et RAU [4], on se rend compte, qu'à côté de la perfection classique, de l'unité égale et rassise de l'œuvre [5], se mani-

1. Voy. encore Fr. GENY, *Des droits sur les lettres missives*, Paris, 1911, t. I, nos **26-29**, p. 39-55.

2. Comp. Fr. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, t. I, Paris, 1914, p. 101-102 (no **35**).

3. Cons. encore : Fr. GENY, *Des droits sur les lettres missives*, Paris, 1911, t. I, p. 41-42 (no **27**).

4. AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariæ*, Paris, 4e éd. en 8 tomes, 1869-1878 ; 5e éd. revue par MM. C. RAU, Ch. FALCIMAIGNE, M. GAULT, t. I à V, 1897-1907 ; puis par E. BARTIN, t. VI-XI, 1913-1920.

5. Comp. J. BONNECASE, *La Faculté de droit de Strasbourg*, Toulouse, 1916, p. 272-275 (nos **80-81**).

feste, dans l'ensemble de ses développements, un sens de la réalisation, sachant employer, choisir, combiner tous les moyens, à l'aide desquels l'ingéniosité du jurisconsulte fait passer et incorpore dans la vie réelle la substance des préceptes, destinés à maintenir l'ordre et à assurer l'équilibre des intérêts parmi les hommes. — Mise en œuvre des procédés plastiques de publicité à propos de la transcription des constitutions et transferts entre vifs de droits immobiliers[1], distinction et précision des catégories réelles pour spécifier tant les diverses sortes de biens que les différents droits sur les choses[2], invention et assouplissement des concepts relatifs aux formes anormales de la propriété[3], jeu varié de présomptions et de fictions dans l'établissement et la preuve des droits réels[4], grâce surtout à une théorie très serrée de la possession[5], voilà, par exemple, qui marque d'une note, singulièrement caractéristique, l'exposé, si fortement charpenté, que les éminents auteurs ont consacré à la propriété et à ses démembrements. — Et, — sans parler d'une évaluation toujours exacte de l'autorité des sources formelles, non plus que de l'usage constant d'un langage ferme et traduisant fidèlement les concepts acceptés[6], — le même souci d'adapter, aussi parfaitement qu'il soit possible, par leur multiplication, leur variété, leur agencement adéquat, les moyens aux buts, se révèle en toute la suite de leur œuvre magistrale[7].

1. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. II, § **209**. *Adde :* §§ **174** et **174** *bis*.
2. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. II, §§ **163-172**.
3. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. II, §§ **221-224** *ter*.
4. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. II, § **219**.
5. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. II, §§ **177-189**.
6. Comp. ce qui a été dit ci-dessus, p. 490, texte et note 2, et p. 491 (n° **260**).
7. Voy. J. Bonnecase, *La Faculté de droit de Strasbourg* (4e jour complémentaire an XII-10 mai 1871), Toulouse, 1916, p. 275-281 (nos **81-83**), qui parle de la « *technique scientifique* » d'Aubry et Rau.

C'est également le trait commun, qui distingue tant d'excellentes monographies de droit privé, produites, depuis quelque vingt années principalement, sur les sujets les plus divers [1], dont la ferme et souple doctrine s'explique très simplement par la pénétration profonde des réalités juridiques, où les esprits se trouvent naturellement entraînés, quand ils s'évertuent, avant tout, et sans s'enliser dans les routines traditionnelles, à satisfaire, grâce à mille combinaisons suggérées à l'esprit par les faits eux-mêmes, la variété complexe des intérêts en présence. — Et, pour n'en relever, entre beaucoup d'autres, qu'un seul modèle, des plus achevés à mon sens, je me contenterai de signaler, à ce titre, l'importante thèse pour le doctorat, jadis présentée devant la Faculté de droit de Dijon par mon savant collègue, M. René Japiot, sur les *Nullités en matière d'actes juridiques* [2]. Comment ce sujet, en apparence si connu, voire déjà si rebattu, a pu être non pas seulement renouvelé, mais vraiment repris à pied d'œuvre, et reconstitué de toutes pièces, sur des bases solidement éprouvées, au moyen de matériaux, épurés par l'analyse critique la plus serrée, en joignant à l'idéal, de l'individualisation précise de chaque nullité, le désir d'éviter un émiettement pernicieux dans leur présentation d'ensemble, on sent, à suivre l'auteur, dans son effort réfléchi et méthodique, que c'est moins par l'approfondissement des principes rationnels, assez simples, en somme, dominant la matière, que plutôt par un maniement avisé des moyens pratiques aptes à mettre ces principes en valeur, et sur-

---

1. Comp. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, t. I, Paris, 1914, p. 32, note 5 (nº 9).

2. R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques*. Essai d'une théorie nouvelle, thèse de doct. Droit, Dijon, 1908-1909. — Comp. ce que dit cet auteur, à la fin de son livre, p. 940, sur l'opposition du « droit scientifique » et du « droit technique ». — *Adde* encore : note de R. Japiot, sous Trib. civ. Quimper, 23 novembre 1910, *Sirey*, 12, 2, p. 257-261.

tout grâce à un jeu habile de conceptions fécondes, comme celle qui, substituant à l'idée d'un certain état organique de l'acte, suspect de nullité, la notion plus souple d'un droit de critique, admis à l'encontre des opérations viciées, pour en atteindre les conséquences, permet de modeler ce droit et d'en développer le contenu suivant toutes les exigences de l'équité et de l'utilité pratique[1], comme encore la vue si pénétrante, qui amène l'auteur à compléter la prescription extinctive, spéciale aux nullités, par toute la série, applicable à son sujet, des prescriptions de droit commun[2].

Que si nous voulions demander à certains développements de la jurisprudence contemporaine un témoignage, également saisissant, en faveur du rôle créateur de la technique du droit, il suffirait de considérer la pratique, récemment constituée, par l'effort, à peu près exclusif, des décisions judiciaires, relativement aux séquestres des biens de sujets de certains pays ennemis, engagés dans la guerre ouverte au commencement d'août 1914. — Nous y verrions comment, sur la base extrêmement étroite de vagues formules légales, détournées d'ailleurs de leur application normale, les tribunaux, par l'ingénieuse combinaison de quelques procédés plastiques avec des concepts empruntés au fonds commun des catégories juridiques, sont arrivés à organiser un système, qui sacrifie nettement les intérêts privés au principe supérieur de la défense et de la conservation nationales, et qui sait encadrer ce résultat, délibérément poursuivi, dans une ordonnance strictement juridique, raccordée au droit commun[3]. Rien

1. R. Japiot, *op. cit.*, 2e partie, chap. iv, p. 271-299 et toute la 3e partie. Application des principes, p. 367-926. *Adde :* p. 933-939 (Conclusion).

2. R. Japiot, *op. cit.*, 3e partie, titre III, section ii, chapitre ii, p. 862-926.

3. Cons. notamment : A Reulos, *Manuel des séquestres*, Paris, 1916. — E. Troimaux, *Séquestres et séquestrés* (Les biens austro-allemands

autre chose, au total, qu'une construction de droit, due à l'activité de l'interprète, informant le « donné » pour répondre aux besoins reconnus.

Et, dans le domaine strictement législatif, ne constaterions-nous pas encore, que la copieuse réglementation, suscitée par la guerre [1], se ramène purement à l'effort d'adapter, au moyen de procédés largement artificiels, une organisation juridique, établie pour une période de vie normale et paisible, aux exigences nouvelles et, en grande partie, imprévues, de la situation, extrêmement troublée, qu'a traversée la France depuis les premiers jours du mois d'août 1914 jusqu'au delà de l'armistice du 11 novembre 1918. Ici aussi, apparaîtrait, comme en une application vivante, l'élaboration technique du droit, pour nous montrer que sa mise en œuvre concrète confirme absolument les déductions de notre étude théorique. — Sans en chercher plus loin la preuve, il n'est besoin, par exemple, que de lire avec attention le décret du 13 avril 1917, relatif à la reprise du délai prévu à l'article 17 de la loi du 3 mai 1841, sur l'expropriation pour cause d'utilité publique [2], pour s'assurer qu'une question pratique aussi menue (purge hypothécaire des immeubles expropriés pendant la guerre ou dans les jours qui ont précédé sa déclaration) rencontre

---

pendant la guerre), 3e éd., Paris, 1916. — A. Henry, *Les séquestres des biens austro-allemands* (analyse de jurisprudence), dans *Revue de droit international privé et de droit pénal international*, 1916, p. 456-559.

1. Cons. notamment : A. Wahl, *La legislation civile de la guerre*, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1914, t. XIII, p. 707-807 ; 1915, t. XIV, p. 261-382, p. 599-814 ; 1916, t. XV, p. 195-409, p. 603-749 ; 1917, t. XVI, p. 235-324, p. 497-662 ; 1918, t. XVII, p. 233-666 ; et, du même auteur : *Le droit civil et commercial de la guerre*, Paris, Tenin, 1918-1920.

2. Voy. ce décret précédé du rapport du ministre de la Justice (même date) au *Journal officiel* du dimanche 29 avril 1917, p. 3418-3419. — Comp. Décret et rapport du 17 juin 1916, relatif à la reprise des délais en matière de purge d'hypothèques légales et de surenchère du sixième (*J. off.* du 18 juin 1916).

sa solution, relativement aisée, en un agencement nouveau de formalités et de concepts, qui garantisse, eu égard aux circonstances, tous les intérêts engagés dans l'occurrence.

267. — *c*) Après ces indications générales, étayées de résultats acquis, nous pouvons reprendre deux problèmes juridiques, d'ordre concret, — examinés antérieurement du point de vue de l'élaboration scientifique[1], — la formation du mariage, la preuve de la filiation, — pour reconnaître, à cette place, de façon tangible, comment une sérieuse élaboration technique se montre, à son tour, indispensable pour assurer leur mise au point et leur plein épanouissement dans la pratique.

Les résultats d'une investigation, appliquée à scruter objectivement la base fondamentale de l'organisation de la famille[2], telle qu'elle est *donnée* à l'observation et au sentiment (croyance), en y comprenant même les aspirations idéales[3], qui s'ajoutent aux considérations rationnelles[4], pour se greffer ensemble sur des réalités[5], peu à peu transformées par l'histoire[6], peuvent être résumés en quelques lignes, où s'offre comme le schéma de la théorie juridique du mariage : union de l'homme et de la femme, tendant au soutien mutuel et à la propagation de la vie, régularisée par le contrôle de l'autorité sociale (religieuse

---

1. Pour le sens de cette formule, voy. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif,* t. II, Paris, 1915. Elaboration scientifique du droit positif, *passim,* notamment début et chapitre premier (VI), n^os **68-71**, p. 1-20 ; puis, conclusions, n° **177**, p. 420-422.

2. Voy. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif,* t. II, Paris, 1915, p. 371 (n° 166, *in fine*). — *Adde* les références des quatre notes qui vont suivre.

3. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif,* t. II, Paris, 1915, p. 386 (n° **170**).

4. *Ibid.*, p. 382 (n° **169**).

5. *Ibid.*, p. 372-373 (n° **167**).

6. *Ibid.*, p. 377 (n° **168**).

ou civile), stable et permanente, issue d'un accord de volontés sérieux, réalisant, en vue d'une moralité supérieure et de l'éducation éventuelle des enfants, l'emprise de l'homme sur ses passions, avec affinement dans le sens de la monogamie, de l'indissolubilité fondamentale, de l'extension de la notion d'inceste, sans parler d'exigences plus discutables, telles que l'intervention des ascendants ou de la famille.

Mais, si riche qu'il puisse paraître en lui-même, ce « donné » complexe resterait, seul, manifestement insuffisant à organiser, d'une manière pratiquement réalisable, la formation du mariage, érigée en institution du droit positif. Et, quand, vis-à-vis des involutions multiples de la vie sociale, il s'agit d'en développer tout le contenu, adapté aux circonstances concrètes, nous voyons intervenir, dans sa mise en œuvre, les artifices techniques les plus variés. — Déjà, si l'on veut préciser les conditions de validité de l'union conjugale, il est indispensable de substituer parfois la quantité fixe à une qualité quelque peu flottante[1], ainsi pour déterminer l'âge requis des époux, les degrés de parenté ou d'alliance formant les limites de l'inceste réprouvé, les ascendants ou parents qui doivent donner leur assentiment au mariage, ou, du moins, en être régulièrement avisés. De même, la notion du consentement requis chez les conjoints ne s'épurera, conformément aux nécessités pratiques, que par une élimination artificielle de certaines exigences[2], qui paraîtraient répondre à la pleine intelligence de l'acte[3]. — Mieux encore. Pour que le mariage s'élève au rang d'une institution juridique

1. Comp. ci-dessus, n° **197**, p. 59-69.
2. Comp. ci-dessus, n° **198**, p. 69-81.
3. C'est ainsi que l'on se contente d'un consentement *formel* des époux à l'*état de mariage,* sans rechercher si la notion précise de cet état et ses conséquences assez complexes sont bien exactement connues des contractants; ce qui ferait souvent doute, pour la jeune femme surtout.

adaptée à son but, il a besoin de formes plastiques, attestant son existence officielle, le rendant public, en conservant la preuve, permettant aussi d'en contrôler et assurer les conditions[1]. Et, afin de sanctionner efficacement les injonctions du droit, on organisera, à côté de moyens préventifs (publications — oppositions à mariage), des nullités ou des peines, destinées à réprimer les infractions aux règles prescrites et à manifester positivement leur valeur. — En même temps, seront employés des procédés intellectuels, qui, utilisant la force du concept, rattacheront le mariage à la catégorie des actes juridiques contractuels, distingueront et spécifieront les diverses nullités dont il peut être atteint (inexistence, — annulabilités absolues, — annulabilités relatives, etc.)[2], et, par là même, achèveront d'en régulariser l'établissement[3]. — Parfois, la fiction aura son rôle, pour effacer des réalités gênantes, ainsi par l'effet rétroactif des nullités, par l'anomalie du mariage putatif[4]. — Et la présomption de droit n'aidera pas seulement à la preuve du mariage, mais saura en alléger les conditions, en limitant les exigences de capacité[5], en dispensant de certaines justifications malaisées[6]. — Tout cela se précisera par l'effort d'une terminologie à

1. Comp. ci-dessus, chapitre quatrième (XVIII), n^os **202-206**, p. 94-122.

2. Cons. notamment : R. Saleilles, *La distinction entre l'inexistence et la nullité du mariage* (Rapport présenté à la première sous-commission de la Commission de révision du Code civil), dans *Bulletin de la Société d'études législatives,* 1911, t. X, p. 351-374. — *Adde :* p. 374-398.

3. Comp. ci-dessus, chapitres cinquième (XIX) et sixième (XX), n^os **207-227**, p. 123-257.

4. Comp. ci-dessus, chapitre septième (XXI), section II, n^os **240-252**, p. 360-445.

5. On présume non existants les empêchements de mariage, qui consistent en conditions négatives (prohibition de la bigamie, de l'inceste).

6. Comp. ci-dessus, chapitre septième (XXI), section I, n^os **230-239**, p. 264-360.

la fois ferme et souple[1]. — Par dessus tout, les dispositions légales se montreront constamment nécessaires, pour garantir le jeu, uniforme et sûr, d'un mécanisme juridique aussi délicatement compliqué[2].

Considérant enfin, du même point de vue, comment s'établit la preuve de la filiation[3], nous constatons, dès l'abord, que les formes plastiques jouent ici un rôle moindre, et que tout l'effort technique y gravite autour de représentations et conceptions de l'esprit, plus ou moins poussées, mais absolument nécessaires pour mettre en valeur les maigres éléments, que fournissent quelques réalités primordiales[4], auxquels la raison pure ajoute fort peu de chose[5], que l'histoire[6] et l'idéal[7] n'ont pu confirmer eux-mêmes, si ce n'est par l'intermédiaire d'une technique inconsciente.

En effet, pour la filiation maternelle, le « donné », proprement dit, se réduit à deux circonstances, l'accouchement, l'identité, qui peuvent être établies directement par des témoignages ou des présomptions de fait, bien fugaces et peu décisifs, si l'on s'en tient purement et simplement aux hasards de leur rencontre. Et, quant à la filiation paternelle, ses causes précises restent enveloppées d'un tel mys-

1. Comp. ci-dessus, chapitre huitième (XXII), n[os] **254-260**, p. 448-492.

2. Comp. ci-dessus, chapitre troisième (XVII), § III, n[os] **199-201**, p. 81-93.

3. Voy. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, t. II, Paris, 1915, p. 371 (n° **166**, *in fine*). — *Adde* les références des quatre notes qui suivent. — J'ajoute, à cette place, que la distinction, entre le lien de parenté qui serait naturel, provenant d'un fait matériel, et le lien de famille qui serait légal et issu d'un acte de volonté, récemment présentée par A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit français*, 3[e] éd., t. I, Paris, Dalloz, 1920, p. 255-256, me paraît forcée, et même, à vrai dire, peu exacte.

4. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, t. II, Paris, 1915, p. 373 (n° **167**).

5. *Ibid.*, p. 383 (n° **169**).

6. *Ibid.*, p. 377 (n° **168**).

7. *Ibid.*, p. 386 (n° **170**).

-tère, dans la pratique de la vie, qu'à peine peut-on, à leur sujet, réduit aux résultats de la seule observation, envisager un « donné » saisissable. Une construction technique, solidement édifiée, apparaît donc indispensable à toute cette théorie. — C'est ainsi que la naissance sera constatée par des actes *ad hoc* (actes de naissance) (art. 319 C. civ. franç.), puisant la force de l'authenticité dans la forme, qu'on leur impose (actes de l'état civil), et qui, grâce aux garanties dont se trouve entourée leur rédaction, prouveront directement — à condition de certitude sur l'identité — la filiation maternelle de l'enfant issu du mariage. Ils serviront même à établir sa filiation paternelle, grâce à l'adjonction de la présomption légale de paternité légitime (*pater is est quem nuptiæ demonstrant*), et sauf la possibilité du désaveu en des cas strictement limités, où les circonstances rendent inadmissible le jeu normal de la présomption (art. 312-313 et 315 C. civ. franç.). — Cette institution (actes de naissance) restreint l'usage de la preuve par témoins ou par présomptions simples, qui reste cependant admise, à défaut ou au cas d'insuffisance de la précédente, moyennant la garantie d'un commencement de preuve préalable, et ne justifie la paternité que sous réserve d'une contestation, possible ici par tous moyens (art. 323-325 C. civ. franç.). — En revanche, la possession d'état vient offrir, sur la base d'une nouvelle présomption de droit, consistant essentiellement en un aveu tacite et persistant des auteurs de l'enfant, une preuve des plus solides, capable de suppléer à l'acte de naissance, et qui, lorsqu'elle corrobore les constatations de celui-ci, engendre pour l'enfant une situation inébranlable (art. 320-322 C. civ. franç.), défiant même le désaveu ultérieur. — Ajoutons que, pour les enfants dont l'origine serait équivoque, parce que la date de leur naissance révèle une conception antérieure au mariage, la fiction vient suppléer aux éléments de fait, pour faire prévaloir la légitimité, à moins d'un désaveu ouvert, ici, beaucoup plus librement (art. 314 C. civ. franç.).

Toute cette construction technique, impliquant, dans son principe, un mariage régulièrement célébré entre les auteurs de l'enfant, fait place à des artifices notablement différents, en l'absence de cette condition préalable, et quand il s'agit d'enfants qui n'ont pu justifier du mariage de leurs prétendus parents. Pour ces enfants, — et mises à part les hypothèses d'origine adultérine ou incestueuse, — la preuve normale réside dans un aveu, entouré de formes et toujours contestable (art. 334 et 339 C. civ. franç.), qui, même à ces conditions, ne peut justifier la filiation, que sous le couvert d'une présomption de connaissance et de sincérité excédant manifestement les certitudes naturelles. — Hors de là, l'enfant illégitime, à qui les circonstances de son origine refusent la justification péremptoire de l'acte de naissance, ne peut recourir qu'à la preuve par témoins ou par présomptions, et cette preuve ne lui est ouverte qu'avec beaucoup de réserve et moyennant des précisions rigoureuses, surtout s'il s'agit de démontrer la filiation paternelle (art. 340-341 C. civ. franç. — L. 16 novembre 1912). Encore, et dans ces limites, pareille preuve ne fonctionne-t-elle à son profit, que grâce à de multiples présomptions, nécessaires pour appuyer les indications équivoques des faits.

Si l'on observe que la mise en œuvre du système repose sur des fixations très précises de délais, si l'on ajoute que les actions relatives à l'état de filiation comportent des particularités nombreuses (voy. notamment les art. 316-318 et 326-330 C. civ. franç.), que même la jurisprudence et la doctrine, complétant la loi, ont fait effort pour soustraire la chose jugée, en cette matière, à une relativité d'effets qui méconnait d'impérieuses nécessités, on devra convenir de la place notable, tenue ici par les expédients techniques, et constater, une fois de plus, la nécessité pratique de sources formelles, soit aujourd'hui de la loi écrite, pour mettre en œuvre semblable construction [1].

---

1. Ces indications sommaires ont été rappelées, d'après le système

268. — Tous ces exemples, qui n'ont pu qu'être indiqués, sous forme d'aperçu général, suffisent, je pense, à faire pressentir l'influence, tout à fait prépondérante, de l'élaboration technique, dans la trame, subtile et complexe, des institutions de droit positif[1]. — Ce qui est proprement objet de constatation scientifique ou de suggestion sentimentale inéluctable demeure, pour le jurisconsulte, appelé à trancher les conflits d'intérêts entre les hommes, extrêmement rudimentaire et, à vrai dire, presque infime[2]. — Mais, au regard de cette indigence du « donné », quelle n'est pas la richesse du « construit » ? En toute théorie de droit positif, on observe la part considérable, ouverte à l'activité de l'homme, s'exerçant sur un maigre noyau de droit naturel, pour l'informer par une plastique appropriée, en affiner les concepts au moyen d'efforts incessants de l'esprit, l'assouplir et le fixer par le langage, bref le modeler suivant les exigences de la vie et de façon à l'adapter pleinement aux

---

de notre droit civil français, qui est resté, en cette matière, relativement simple. — Si nous envisagions des législations plus avancées, nous y trouverions une technique plus complexe et plus souple, qui, d'ailleurs, met en œuvre les mêmes éléments essentiels. Voy., par exemple, le Code civil suisse du 10 décembre 1907, art. 252-257 (filiation légitime) et art. 302-323 (filiation illégitime).

1. *Adde* encore : Fr. Gény (*Les procédés d'élaboration du droit civil*), dans *Les méthodes juridiques*, Paris, 1911, p. 189-192. — Voy. aussi la théorie des titres de crédit circulants (valeurs mobilières, effets de commerce), notamment d'après L. Lacour, *Précis de droit commercial*, Paris, Dalloz, 1912, p. 598-788 ; 2e éd. (avec J. Bouteron), Paris, 1921, p. 606 et sq. — La « *propriété industrielle* », qui — sur la base d'un droit subjectif, issu directement du travail ou de l'ingéniosité personnelle et garanti par les principes généraux contre les atteintes de la « concurrence déloyale », — édifie les variétés spécifiques du « nom commercial » en ses nombreuses applications, des « marques de commerce ou de fabrique », des « brevets d'invention », des « dessins et modèles » rattachés ou non à la propriété artistique, offrirait également un champ d'application intéressant pour l'observation des jeux de la technique juridique.

2. Comp. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, t. II, Paris, 1915, p. 421-422 (n° **177**). Comp. p. 293-294 (n° **140**) ; p. 349-350 (nos **158-159**) ; p. 416 (n° **175**).

faits multiples et changeants, qui composent toute l'existence de l'homme en société. A cela se marque le degré relatif de perfection des actions individuelles dans la façon de traiter les problèmes de droit. Et, sans parler des valeurs variables, que s'attribuent ainsi, avec leurs autorités respectives, la législation et la jurisprudence, c'est par la virtuosité qu'ils y déploient, que des auteurs, tels qu'Aubry et Rau, par exemple[1], conquièrent, dans la doctrine, une supériorité incontestable.

Mais, en même temps, les applications parcourues, dont on amplifierait aisément le nombre et la portée, nous montrent le « construit » intimement mêlé au « donné » dans le *plexus* des idées et des raisonnements, qui pénètrent toute cette mise en œuvre et représentent comme l'ossature de la méthode juridique[2]. En dépit de l'analyse, à laquelle on s'efforce de le soumettre, le droit reste homogène par la vertu même de la puissance mystérieuse, qui unit constamment les éléments, issus de la nature des choses, aux inventions et constructions, dénotant la part d'artifice due aux efforts propres de l'homme, qui cherche à réaliser pleinement la justice.

Pareil amalgame, qu'on pourrait souvent croire irréductible, suscite une autre série de problèmes méthodologiques, convergeant tous autour des rapports entre « donné » et « construit », entre l'élément scientifique et l'élément technique du droit. Or, il est nécessaire d'envisager ces rapports, sinon d'en résoudre toutes les énigmes, pour achever de mettre en pleine lumière notre sujet. — Comment distinguer, de façon concrète et sûre, le « donné » du « construit », alors qu'ils nous apparaissent si étroitement

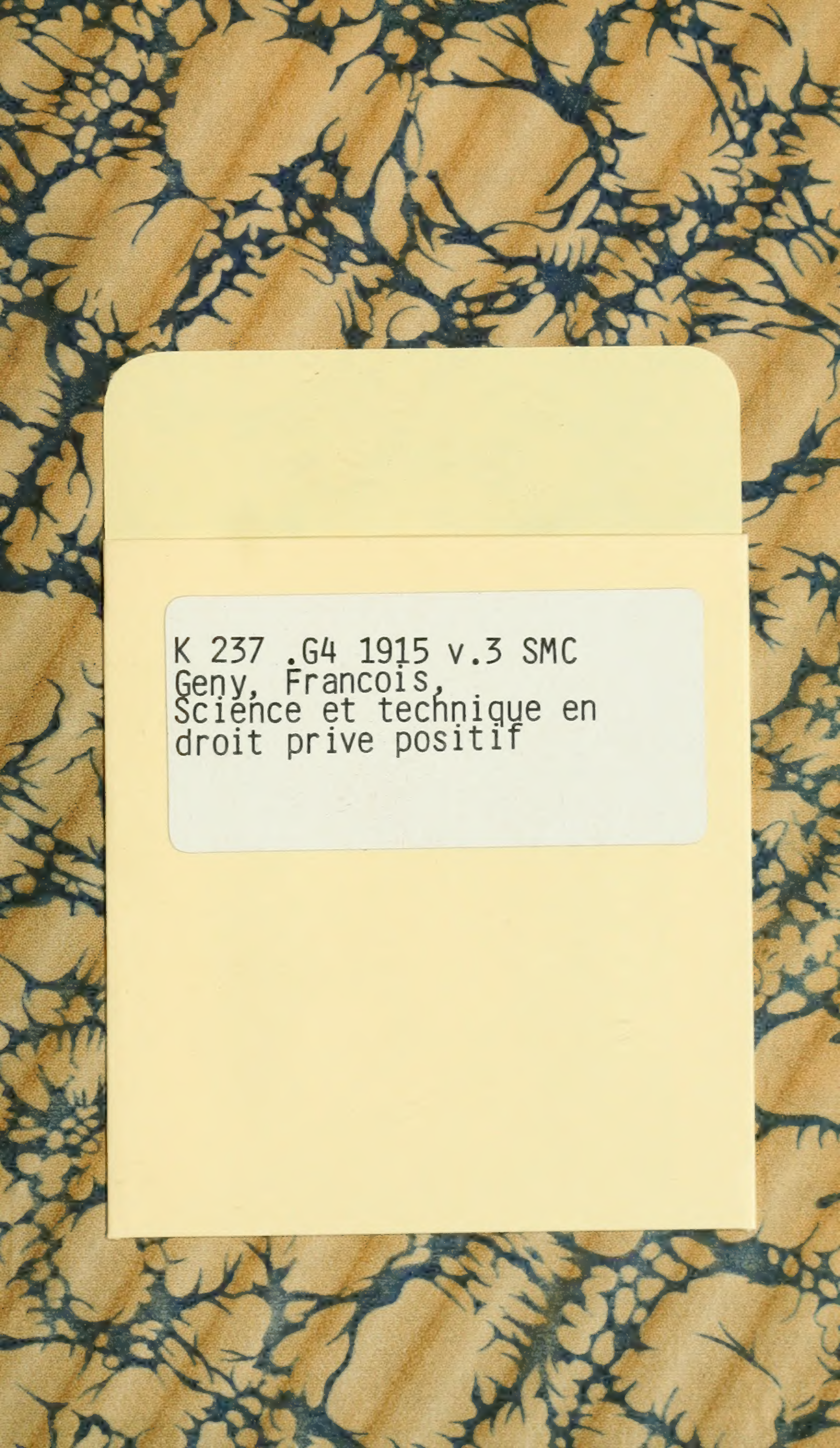
---

1. Comp. ci-dessus, p. 490, texte et note 2 (n° **260**); p. 509-510 (n° **266**).

2. Comp. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, t. I, Paris, 1914, chapitres quatrième et cinquième, nos **35-67**, p. 101-211.

enlacés et comme fondus l'un dans l'autre? A quoi bon préciser cette distinction et dans quel intérêt la pousser jusqu'au bout de ses limites? N'y a-t-il pas des conflits possibles entre des éléments de nature si différente, et auquel donner la préférence, au cas de désaccord? Telles sont les principales questions, que suggère, *a priori*, ce nouveau point de vue, et devant lesquelles je devrai m'arrêter dans une quatrième et dernière partie de ce travail.




K 237 .G4 1915 v.3 SMC
Geny, Francois,
Science et technique en
droit prive positif

